

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

aprile 2020

1

promossa da

Università degli Studi
"Mediterranea" di Reggio Calabria



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane



STEM Mucchi Editore

La rivista prosegue l'ordinaria pubblicazione degli articoli, ospitando altresì i contributi aventi a oggetto l'analisi delle ripercussioni che la diffusione del Coronavirus ha sul diritto, già pubblicati nella sezione *Diritto ed emergenza sanitaria*.

issn 1123-3036

d e Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale *open access* di
dottrina, giurisprudenza e documentazione

Promossa da



Università degli Studi
Mediterranea
di Reggio Calabria

Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane

anno 66, n. 101 (1-2020)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale “Luigi Bocconi” di Milano, Via Röentgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25.

La rivista «Il diritto dell’economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha continuato la pubblicazione, dal 1987, su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi.

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

www.ildirittodelleconomia.it



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Grafica, impaginazione, gestione sito web: STEM Mucchi Editore Srl - Modena

Publicato nel mese di aprile 2020

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Andrea Comba	(† Università di Torino)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Francesco Manganaro	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Massimo Occhiena	(Università di Sassari)
Aristide Police	(Università Tor Vergata - Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Carla Barbati	(Università IULM)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Alessandro Crosetti	(Università di Torino)
Gabriella de Giorgi	(Università del Salento)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Rosario Ferrara	(Università di Torino)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Carlo E. Gallo	(Università di Torino)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio E.)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio E.)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Francesco Vetrò	(Università del Salento)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Silia Gardini (delegata dal Direttore)	Pasquale Pantalone
Giovanni Barozzi Reggiani	Martina Germanò	Michela Petrachi
Lorenzo Bimbi	Annalaura Giannelli	Susanna Quadri
Lorenzo Caruccio	Giuseppe La Rosa	Francesco Scalia
Elisabetta Codazzi	Alberto Marcovecchio	Scilla Vernile (delegata dal Direttore)
Michela Colapinto	Calogero Micciché	Alice Villari
Letterio Donato	Viviana Molaschi	Patrizia Vipiana
Rosamaria Iera	Clara Napolitano	Francesco Zammartino

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 10.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso. La procedura di referaggio richiede un tempo minimo di almeno due mesi.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della Rivista o almeno quattro membri della stessa (compreso il Direttore responsabile) possono decidere la pubblicazione in deroga di contributi che non abbiano caratteristica di Saggio o con un numero di battute inferiore a 20.000 e, per alcuni lavori specifici (soprattutto considerando le caratteristiche dell'Autore o la loro natura), possono altresì decidere di non procedere alla valutazione anonima, effettuando essi stessi una motivata valutazione del contributo e fornendo apposita giustificazione della deroga. Quest'ultima tipologia di contributi non può superare complessivamente le 40 pagine per numero; i relativi lavori saranno contrassegnati nell'indice dell'annata con un asterisco. Non è sottoposto a referaggio l'eventuale "editoriale" all'inizio del fascicolo.
- Nel caso in cui uno dei componenti del Comitato di direzione intenda pubblicare un proprio lavoro nella Rivista, la procedura sarà gestita interamente da un altro componente delegato del Comitato di direzione, garantendo l'anonimato dei referees.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 10,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work. The procedure requires at least two months.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The Board of Editors or at least four members of the Board of Editors itself (including the Editor-in-chief) may decide to publish contributions even if they are not configured as essays, or with a number of characters below 20,000 and, for a number of specific works (especially considering the characteristics of the Author or their nature), may also decide not to proceed with anonymous assessment, themselves carrying out a motivated evaluation of the contribution and providing a specific justification of the exception. The latter type of contributions may not exceed 40 pages per issue over all; relative works will be marked in the index of the year with an asterisk. Any "editorial", at the beginning of the issue, won't be submitted for referral procedure.
- Should one of the members of the Board of Editors intend to publish a work of his own in the Journal, the procedure will be managed entirely by another delegated member of the of the Board, thus guaranteeing the anonymity of the referees.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo, note e **abstract**, deve essere inviato (in formato .doc o .docx) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it): il file complessivo non deve superare **10.000 parole** e deve essere **reso anonimo dall'Autore**. L'abstract non deve superare le **150 parole**.

Il testo deve essere completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con i numeri dei paragrafi).

In calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento occorre indicare:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Università di appartenenza) e/o qualifica professionale; recapito di posta elettronica che l'Autore acconsente sia pubblicato sulla Rivista.

La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione degli originali in conformità alle seguenti indicazioni, tenendo presente che **originali redatti non in conformità ai criteri redazionali potranno non essere presi in considerazione per la pubblicazione:**

- per i nomi degli AA. citati in nota usare il **carattere tondo (no maiuscoletto)** con l'iniziale del nome che precede il cognome (es., M. Nigro);
- per le parole straniere usare il corsivo;
- le **virgolette devono essere basse (nel testo e in nota) tutte le volte che c'è una frase o un passo riportato da un altro testo, Autore, giurisprudenza o legge**. Lo stesso vale per i titoli delle leggi, delle direttive e così via;
- all'interno delle virgolette e in genere in tutto il testo devono essere in corsivo solo le parole straniere;
- Non si inserisce "p." prima dell'indicazione delle pagine
- **In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note.**
- Le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo)
- Deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la Rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. Casetta, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 1999; oppure

E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. Casetta, *op. cit.*, 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.: E. Casetta, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass, ss.uu., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. It.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle Riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., *op. cit.*, cfr., ss., ecc.).

In caso di dubbi, si consiglia di prendere a modello gli articoli già pubblicati sulla Rivista

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

Indice n. 101 (1-2020)

ARTICOLI E SAGGI

Diritto ed emergenza sanitaria

<i>Carlos Botassi</i> , Coronavirus. Emergencia sanitaria y económica en Argentina.....	pag.	15
<i>Giorgio Vercillo</i> , La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss. mm.): una possibile lettura	»	29
<i>Armando Giuffrida</i> , Il rinnovo del permesso di soggiorno UE: un "premio" per l'integrazione degli stranieri? Riflessioni anche alla luce dell'emergenza Covid-19	»	49
<i>Annalaura Giannelli</i> , Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?.....	»	81
<i>Fernando Menezes de Almeida</i> , Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro	»	111
<i>Pasquale Pantalone, Maximilian Denicolò</i> , Responsabilità, doveri e coronavirus: l'osatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"	»	125
 <i>Seconda parte</i>		
<i>Filippo Salvia</i> , La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente.....		169
<i>Mario Comba</i> , Appalti pubblici per l'innovazione.....	»	179
<i>Marco Macchia</i> , Certificazioni ambientali e logiche di mercato	»	205
<i>Claudia Hernández López</i> , La huida del presupuesto público. El caso de los fondos públicos españoles	»	239
<i>Stefano D'Ancona</i> , L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche.....	»	259
<i>Ilaria Genuessi</i> , La giurisdizione contabile in materia di danno ambientale.....	»	297
<i>Paola Grazioli</i> , Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: il Reddito di cittadinanza come strumento di reddito minimo garantito	»	321
<i>Raffaele Picaro</i> , Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi		345

<i>Brunella Russo</i> , The International P2P Market System. American and Italian Context Compared	»	369
<i>Riccardo Tremolada</i> , Il mercato secondario della musica online: esaurimento digitale tra Unione europea e Stati Uniti	»	387
<i>Giovanni Mulazzani</i> , La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato	»	421
<i>Elisabetta Codazzi, Francesco Goisis</i> , Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit	»	477
<i>Francesco Vetrò</i> , Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.	»	501
<i>Maria Lilla Montagnani</i> , Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla "proprietà" all'"accesso"	»	539
<i>Sara Tommasi</i> , Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto	»	571
<i>Fabio Saponaro</i> , Tributi doganali e <i>transfer pricing</i> : dall'antinomia al coordinamento giuridico.....	»	597
<i>Renato Rolli</i> , I Co.Re.Com – Tra fallimento del regionalismo e decentramento di nuove funzioni di servizio.....	»	637
<i>Alessandro Paire</i> , Gli indennizzi per i danni cagionati dalla fauna selvatica alla produzione agricola nell'ambito del sistema sugli aiuti di Stato. Luci e ombre di un dialogo tra formanti interni e il diritto UE.....	»	673
<i>Anna Porporato</i> , Alcune riflessioni sui provvedimenti di carattere ripristinatorio adottati in materia di edilizia e urbanistica.....	»	697
<i>Mariano Fazio</i> , Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve <i>excursus</i> fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico	»	725
<i>Matteo Timo</i> , Algoritmo e potere amministrativo	»	753
<i>Geremia Gios, Pier Luigi Novi Inverardi</i> , Sostenibilità e burocrazia: un'analisi dei vincoli interni nella gestione dei comuni in Italia	»	797
<i>Giacomo Gargano</i> , Il giudice del "potere pubblico" ed il percorso riformatore.....	»	833
<i>Riccardo de Caria</i> , Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia.....	»	855
NOTE SUI COLLABORATORI	»	875

Diritto ed emergenza sanitaria

Coronavirus. Emergencia sanitaria y económica en Argentina

Carlos Botassi

SUMARIO: – 1. Introducción. – 2. Emergencia. – 3. El caso argentino. – 4. Emergencia sanitaria. – 5. Emergencia económica. – 6. Cierre.

1. *Introducción*

La pandemia desatada a fines de 2019 y que alcanzara proporciones alarmantes durante el primer trimestre de 2020 debe ser examinada desde varias disciplinas además, naturalmente, de la medicina. El fenómeno abarca ámbitos estrechamente vinculados: sociología, psicología, economía y derecho. En este último andarivel, según las ramas de la ciencia jurídica que se transite surgirán esenciales interrogantes provocados por una crisis universal nunca vista.

Quienes se inclinan por el Derecho Privado atienden las consecuencias en las relaciones bilaterales (régimen de visitas de hijos menores; locadores y locatarios; acreedores y deudores).

Los estudiosos del Derecho Penal especulan sobre la tipificación de las conductas que violan las medidas restrictivas tendientes a mitigar los efectos de la enfermedad.

Quienes se dedican al Derecho Laboral estudian si, además de los trabajadores de la salud, quienes se ven contagiados por estar obligados a circular (policías; bomberos; personas afectados a servicios públicos esenciales), han contraído una enfermedad laboral y cuál será la magnitud de la indemnización debida a los trabajadores despedidos a causa de la recesión que paraliza al comercio y a la industria.

Los cultores del Derecho Público son interpelados sobre los alcances de la emergencia y hasta dónde podrán llegar legítimamente las limitaciones al ejercicio de los derechos individuales. La clásica oposición entre autoridad y libertad exige ahora un análisis más empírico que teórico y frente a una cuestión de vida

o muerte (en el sentido más literal de la expresión) pareciera que el sacrificio de ciertos contenidos del ordenamiento jurídico resulta inevitable. El presente estudio se encuentra limitado, precisamente, a describir y opinar sobre la emergencia sanitaria y económica declarada en la República Argentina desde un mirador político, constitucional y administrativo.

2. *Emergencia*

Definimos la emergencia como el hecho, circunstancia, evento o acontecimiento que puede calificarse como peripecia o catástrofe extraordinaria, que resulta imprevisible o que siendo previsible no permite neutralizar sus efectos dañinos que afectan uno o más campos de la vida social, produciendo un quiebre o ruptura de la normalidad institucional del Estado y de las relaciones socioeconómicas de su población.

Rosanvallon, bajo el rótulo de «estado de excepción», advirtió que la emergencia y su excepcionalidad no dependen de la voluntad de los gobernantes sino del hecho objetivo de una «brutalización de la realidad, por ejemplo cuando estalla un conflicto armado o se produce una catástrofe». Como siempre, y esta vez con fuerza rotunda, lo fáctico precede a lo jurídico y hace recordar que un orden jurídico sin sobresaltos presupone la existencia de un mundo estable y previsible. Cuando irrumpe lo inesperado se produce una reacción circunstanciada que obliga a suspender el ejercicio de los derechos avanzando como nunca antes sobre la libertad de los ciudadanos. Para que los gobernantes no se sientan tentados de extender de manera ilimitada esas prerrogativas excepcionales «hay un único camino: dar un marco organizado a la gestión de un estado de emergencia». En la antigüedad los romanos, cuando era necesario hacer frente a un problema inédito que obligaba a deshacerse de las reglas vigentes idearon una magistratura especializada en emergencia: la dictadura, que en latín no remite a la idea de un poder despótico ya que *dictator* provenía de *dictare*, dar verbalmente las ordenes que deben obedecerse urgentemente sin que se requieran leyes escritas¹.

En términos estrictamente jurídicos la «emergencia» o con mayor precisión el «derecho de la emergencia» provoca dos variantes respecto de la habitualidad del sistema jurídico vigente. En primer lugar introduce reformas en la organización política del Estado, alterando la forma de ejercicio del poder. Es tradicional que el Poder Ejecutivo asuma funciones que la Constitución atribuye al Poder Legislativo. En segundo término los ciudadanos ven suspendido el ejercicio de los

¹ P. Rosanvallon, *El buen gobierno*, Manantial, Buenos Aires, 2015, traducción del francés de H. Pons, pp. 96/97.

derechos de propiedad y de tránsito. En la historia argentina reciente se destacan los casos de pesificación de colocaciones financieras en dólares y la prohibición de retiros de depósitos bancarios. Debido al COVID 19, y a la cuarentena ordenada en su consecuencia asistimos a la restricción del derecho de ingresar y salir del país, del derecho de transitar, trabajar y ejercer industria lícita, enseñar y aprender, todos consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional y sus equivalentes en las Cartas provinciales.

En aplicación del «derecho de la emergencia», la excepcionalidad de la situación legitima soluciones excepcionales: el Poder Legislativo delega expresamente facultades extraordinarias en el Poder Ejecutivo; o este dicta decretos de necesidad y urgencia en materias que son propias del Congreso, quien podrá revisarlos a posteriori. Al mismo tiempo decisiones de las autoridades que en tiempos de normalidad serían condenadas por inconstitucionales por avanzar exageradamente sobre los derechos y garantías individuales son asumidas como imprescindibles y apoyadas por la comunidad.

Según el ámbito de la realidad llamado a ser intervenido urgentemente por el Gobierno, removiendo «obstáculos» opuestos por el orden jurídico, el término «emergencia» podrá tener diversos significados. Así suele hablarse de emergencia ecológica provocada la desertificación, las inundaciones o el calentamiento global; emergencia económica como el default de la deuda estatal y la hiperinflación; emergencia bélica cuando se desata una guerra (estado de sitio) y emergencia sanitaria como la pandemia que motiva este comentario.

3. *El caso argentino*

Si bien la República Argentina declaró su independencia de España en 1816 y sancionó su Constitución en 1853, debido a complejos sucesos históricos la organización nacional recién se produjo en 1860. Desde entonces, en los 140 años transcurridos, nuestro país pasó más tiempo en estado de emergencia política² y económica que en situación de normalidad, constituyéndose en un ejemplo paradigmático de lo que Giorgio Agamben llamó «vivir en un estado de excepción permanente»³. El fundamento justificante de las medidas que se presentan

² La «emergencia política» en Argentina se presentó con lamentable reiteración bajo la forma de regímenes totalitarios que accedieron al poder mediante golpes de estado mal llamados «revoluciones», derogaron la Constitución, disolvieron el Congreso y violaron los derechos humanos cometiendo crímenes de lesa humanidad.

³ G. Agamben, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo Editora, Buenos Aires, 2ª edición, 2005; traducción del italiano por F. Costa e I. Costa, p. 14. Para este autor «el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal» y «tiene cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea» (*ob. cit.*, pp. 24/25).

como excepcionales pero que se reiteran periódicamente es el mismo que otorga sustento al denominado «poder de policía»: la preeminencia del bien común, la salud o la seguridad colectiva respecto de los intereses individuales. La diferencia estriba en que las medidas de policía se adoptan en el marco regular del funcionamiento de las instituciones y sin suspender la vigencia de derechos constitucionales. En este sentido la emergencia viene a funcionar como un sistema exacerbado del poder de policía.

En el Siglo XX Argentina declaró la emergencia económica una veintena de veces. Lo hizo por primera vez en su segunda década y en una problemática para proteger a quienes alquilaban inmuebles y podían quedar sin vivienda⁴. Durante los primeros años del Siglo XXI la emergencia económica alcanzó a todos los sectores de la población y las autoridades modificaron unilateralmente la moneda de los depósitos bancarios y de los títulos de la deuda pública, redujeron sueldos y jubilaciones, alteraron cláusulas y rescindieron todo tipo de contratos públicos.

La continua reiteración del derecho de emergencia ha hecho que resulte una cuestión muy abordada por la doctrina. La bibliografía existente es muy numerosa, destacándose la obra de autores varios «El Derecho Administrativo de la Emergencia», editada por la Fundación de Derecho Administrativo, desarrollada en cuatro tomos aparecidos entre 2002 y 2005. En ella una veintena de autores, profesores universitarios de Derecho Político, de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo, estudiaron la relación política y jurídica de la emergencia con la Constitución Nacional; con el federalismo; con la deuda pública; con el principio de razonabilidad; con los contratos administrativos; con los servicios públicos; con la tutela judicial efectiva; con el control de la hacienda estatal; con la ejecución del presupuesto; con el empleo público y con los medios de comunicación.

4. *Emergencia sanitaria*

Como antes vimos, los antecedentes del estado de excepción argentino remiten a circunstancias de crisis económicas en que las garantías constitucionales fueron suspendidas para superar el déficit financiero del Estado y otras anomalías de las finanzas públicas, cuya causa no fue una guerra o una catástrofe natural sino el resultado de una mala administración y de prácticas corruptas de hacer política (despilfarro y hurto de dineros públicos). En cambio, la emergencia decreta-

⁴ El Congreso Nacional sancionó en el año 1920 la Ley 11.157 congelando el precio de los arrendamientos de inmuebles debido a una situación de crisis habitacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la medida era legítima y encajaba dentro de la atribución parlamentaria de regular el ejercicio del derecho de dominio de los propietarios de inmuebles para renta en la causa *Ercolano c/ Lanteri*, sentenciada el 28 de abril de 1922.

da en marzo de 2020 obedeció al esencial objetivo de preservar la salud y la vida de la población. Aunque, como veremos a continuación, la emergencia sanitaria⁵ fue más tarde complementada con medidas excepcionales en el orden económico, estas estuvieron destinadas a paliar las consecuencias de la paralización casi absoluta de la actividad comercial y de prestación de servicios.

Una crisis de semejante magnitud que amenaza al elemento esencial del Estado como es su población lo coloca en una situación de “sujeto necesitado” autorizando el empleo de remedios extraordinarios⁶. El estado tiene el deber de atender la situación de excepcionalidad haciendo prevalecer el derecho a la salud de las personas en riesgo o ya afectadas, reconociendo la preponderancia objetiva del bien protegido (salud pública), cualitativamente superior a los derechos individuales de cualquier índole⁷.

Existe un antecedente en la materia. Como parte de una serie de medidas relacionadas con la crisis económica de fines de 2001 el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 486/2002 del 13.3.2002 de «Emergencia Sanitaria Nacional», eliminando recaudos legales como la licitación pública para la adquisición de insumos médicos; control de precios en materia de medicamentos y una serie de medidas tendientes a facilitar el acceso al servicio de salud a los sectores vulnerables de la sociedad. Se advierte entonces que si bien fue rotulada como una emergencia sanitaria en realidad la crisis que lo motivó tuvo un origen económico.

La actual emergencia viene impuesta por una pandemia que afecta tanto a los países ricos (desarrollados, industrializados, del «primer mundo») como a las naciones pobres (subdesarrolladas, en vías de desarrollo, emergentes, del «tercer mundo» o como se prefiera llamarlas). A la inversa del fenómeno que motivo el dictado del DNU 486/2002, aquí la emergencia nace como «sanitaria» y –según los pronósticos de los especialistas – desembocará en una crisis económico-financiera universal como daño marginal o consecuencia no querida pero inevitable.

En el plano local puede decirse que el coronavirus COVID 19 comenzó a modificar la vida de los argentinos cuando la enfermedad ya se había expandido desde China a toda Europa, afectando en especial a Italia y España⁸. Al comien-

⁵ La Organización Mundial de la Salud ha señalado que una emergencia sanitaria es aquella que representa un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de un Estado, que también puede afectar a otros Estados a través de la propagación internacional de la enfermedad, y que potencialmente requiere una respuesta internacional coordinada.

⁶ N. Sagües, *Derecho Constitucional y derecho de emergencia*, La Ley 1990-D-1036.

⁷ L. Monti, *Las resoluciones judiciales en materia de salud en la emergencia*, en *El derecho administrativo en la emergencia*, III (S.D. Alanis, coordinador), F.D.A., Buenos Aires, 2003, p. 70.

⁸ Se calcula que el 90 % de la población argentina tiene al menos un antepasado europeo que llegó a estas tierras durante los siglos XIX y XX. La gran mayoría de los inmigrantes provienen de Italia y España. Ello explica la enorme conmoción que generó en nuestro país la tragedia vivida en naciones con las que nos ligamos lazos de afecto inconmensurables.

zo del otoño en América del Sur la pandemia era de tal magnitud que excedió el concepto de «urgencia» referido en los protocolos de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁹, encuadrando en el máximo nivel de excepcionalidad: «una situación crítica de peligro evidente para la vida del paciente y que requiere una actuación inmediata».

Los dramáticos sucesos del Viejo Continente, donde los infectados y los muertos crecieron exponencialmente día a día, hicieron que en nuestro país se adoptaran medidas urgentes por el Poder Ejecutivo prescindiendo del trámite legislativo, tratando de impedir que la enfermedad se difundiera o, al menos, que la sucesión de contagios se ralentizara. Como es lógico desde la Presidencia de la Nación fijó un orden de prioridades dirigiendo los mayores esfuerzos a evitar la propagación del virus, sacrificando la libertad ambulatoria de las personas, cerrando escuelas, universidades, bancos, comercios e industrias¹⁰.

La cronología de los hechos, en apretada síntesis, fue la siguiente:

El 3 de marzo se registró el primer caso de coronavirus. Un residente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que llegó desde Italia. Al día siguiente comenzó un operativo de prevención en el Aeropuerto de Ezeiza.

El día 7 se produjo la primera muerte en el país. Un hombre de 65 años que había regresado desde Francia.

El 12 de marzo se suspendieron los arribos de vuelos provenientes de China, Europa, Japón, Corea, Irán y EE.UU.

El día 14 se prohibió el ingreso de extranjeros que hayan estado en zonas afectadas aunque arriben desde países de la región. Al día siguiente se suspendieron las clases en todos los niveles y las reuniones multitudinarias por cuestiones sociales, religiosas, artísticas, culturales y deportivas. Cesó la actividad legislativa¹¹, administrativa¹² y judicial del Estado¹³. Las universidades comenzaron a implementar el sistema de “aula virtual” o clases a distancia.

⁹ Según la OMS la urgencia consiste en la aparición fortuita en cualquier lugar o actividad de un problema de causa diversa y gravedad variable que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia

¹⁰ Se trata, claro está, de elaborar una escala descendente de los intereses afectados, privilegiando las medidas en defensa de la salud postergando las exigencias del mercado o la búsqueda del equilibrio fiscal, ya que frente a la gravedad de la crisis todo aquello que no sea instrumental para el logro del objetivo esencial deviene superfluo (F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e Diritto Amministrativo: nulla sarà più come prima?*, publicado en esta misma edición de *Il Diritto dell' economia*).

¹¹ Por primera vez se implementó un sistema de sesiones parlamentarias de forma virtual sin que los legisladores se trasladan a las Cámaras de Diputados y Senadores.

¹² Cerraron todas las oficinas públicas nacionales, provinciales y municipales y dejaron de correr los términos del procedimiento administrativo.

¹³ Todas las Cortes y Tribunales Superiores dispusieron el cese de la actividad judicial y la suspensión de los plazos procesales.

El 19 de marzo se decretó el aislamiento preventivo y obligatorio (cuarentena) de toda la población, con excepción del personal vinculado a la salud, a la seguridad, provisión de alimentos y servicios esenciales.

El día 22 se autorizó el regreso de algunos argentinos que se hallaban varados en el exterior. Para entonces se registran 300 casos y 6 víctimas fatales. Se anuncia un auxilio estatal de \$ 10.000 a trabajadores informales.

El 25 de marzo los infectados confirmados superaron los 500 y se suspendieron los vuelos de regreso de argentinos en el exterior. Al día siguiente se cerraron las fronteras terrestres, marítimas y aéreas.

El día 29 se extendió la cuarentena hasta el 12 de abril y se convocó a médicos que quisieran vincularse con hospitales que se destinarían exclusivamente a la lucha contra el coronavirus. Solamente en la Provincia de Buenos Aires que tiene una población de cercana a los 17 millones de habitantes, para distribuirse entre sus 135 municipios, se anotaron 20.000 médicos y casi 6.000 personas para cumplir tareas de apoyo como voluntarios.

El 7 de abril los contagiados eran 1.628 y 53 las muertes.

Al momento de establecerse por el Poder Ejecutivo, las medidas de excepción se encontraban habilitadas por una ley formal ya que, por razones de índole económica, el Parlamento que había asumido a mediados de diciembre de 2019 había sancionado la Ley n° 27.521 del 29 de dicho mes, denominada «Ley de solidaridad social y reactivación productiva de la emergencia pública». Sin imaginar que la crisis que la motivaba podría más tarde vincularse con la pandemia, su artículo primero declaró «la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social...», delegando en el Poder Ejecutivo atribuciones constitucionalmente asignadas al Congreso. De manera que cuando el 11 de marzo de 2020 la OMS calificó al brote del nuevo coronavirus como pandemia¹⁴, en Argentina la emergencia sanitaria – aunque como dijimos por razones vinculadas con la eterna crisis económica – se hallaba declarada por el Poder Legislativo. Bastó entonces que el Decreto del Poder Ejecutivo n° 297/2020 del 19 de marzo, reglamentando dicha Ley 27.521, estableciera: «A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio... desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica». Posteriormente el plazo se extendió hasta el 12 de abril (DNU n° 325/2020).

¹⁴ A esa altura los infectados a nivel mundial superaban los 110.000 y se habían producido más de 4.000 muertes.

La cuarentena comenzó a la cero hora del día 20 de marzo y las personas debieron quedarse en el domicilio en que se encontraban en ese momento, sin salir, salvo necesidad de aprovisionarse de alimentos, artículos de limpieza y medicamentos, disponiéndose controles en rutas y calles. Los infractores fueron acusados de cometer los delitos de violación de medidas adoptadas para impedir la introducción o propagación de una epidemia y desobedecer instrucciones de un funcionario público, previstos en los artículos 205 y 239 del Código Penal. Cientos de vehículos fueron secuestrados y miles de personas cumplieron arresto en sus domicilios.

Se adoptaron, asimismo, medidas de contingencia de muy variada índole. Algunos hoteles de la Ciudad de Buenos Aires fueron acondicionados para funcionar como hospitales, se armaron hospitales militares de campaña en varios espacios públicos, algunos clubes de fútbol adaptaron parte de sus instalaciones para recibir enfermos y Aerolíneas Argentinas programó vuelos especiales para repatriar argentinos varados en el exterior.

En ejercicio de las facultades excepcionales producto de la emergencia la autoridades sanitarias nacionales y provinciales asumieron como propias adquisiciones ya acordadas entre particulares de respiradores mecánicos, barbijos y otros insumos esenciales reemplazando a las clínicas privadas como sujetos compradores ante los fabricantes y proveedores.

Frente a la grave crisis existieron muestras de heroísmo cívico y cohesión social. Se destacaron por supuesto los médicos y todo tipo de personal vinculado al servicio de salud (enfermeros, biólogos, camilleros, conductores de ambulancias), pero deben sumarse farmacéuticos, recolectores de residuos y personal afectado a servicios públicos de todo tipo. Todos arriesgaron sus vidas y algunos la perdieron como el caso del médico fallecido en la Provincia del Chaco. Numerosas organizaciones no gubernamentales organizaron colectas destinadas a adquirir y donar equipamiento para hospitales, otorgando razón a Madanes: «Una ciudad bajo una plaga presenta una inmejorable oportunidad para estudiar la naturaleza humana, su sociabilidad sus instituciones»¹⁵.

¹⁵ L. Madanes, *La peste*, artículo publicado en *Cuaderno de Filosofía Política*, nº 5, Buenos Aires, 2006, donde se lee: «La peste que amenaza al conjunto de la sociedad, exige una respuesta colectiva a la vez que impide concretarla (por ej. debido a la cuarentena), mostrando así el fundamento trágico de lo político [...] En tiempos de peste, cuando la naturaleza se desquicia y la sociedad comienza a disolverse, se reclama y a la vez se rechaza (por ej. quienes no acatan la cuarentena), se exige y se niega, la acción del Estado – salvador y crucificado – para que haga frente al horror».

5. *Emergencia económica*

La gravísima situación impuso la adopción de medidas excepcionales en materia económica. Recordemos que en el plano internacional –al igual que la emergencia sanitaria – la crisis económica se originó en China cuyos insumos y servicios se distribuyen en todo el mundo. A la disminución de oferta de la gigantesca producción del país asiático se sumó la contracción de la demanda por el aislamiento destinado a evitar la propagación del virus. La situación afectó el esencial intercambio comercial de nuestro país con China, especialmente la exportación de soja, carne y otros productos primarios¹⁶ haciendo que algunos expertos en finanzas públicas anticipen que el default argentino será inevitable¹⁷.

En el plano local la crisis económica provocada por la pandemia incrementará el número de familias pobres y los que ya lo son verán agravada su situación, destino absolutamente insoportable en un país que tiene un 35% de sus habitantes en situación de pobreza. Es obvio que, como lo señalara el «Observatorio de Deuda Social de la Universidad Católica Argentina», para superar la crisis social provocada por el aumento de la inflación y el desempleo junto al estancamiento de la economía, se requieren medidas de fondo urgentes que imponen arribar a un acuerdo político entre todos los partidos con representación parlamentaria. Se trata de una cuestión de Estado que no admite especulaciones políticas ni electorales ni, mucho menos, la búsqueda de ventajas sectoriales a costa del padecimiento de millones de compatriotas.

Las escuelas públicas que proporcionan el almuerzo a sus alumnos prepararon viandas para ser retiradas en los establecimientos educativos por familias de escasos recursos. Muchas de esas familias transitan la cuarentena en condiciones desesperantes ya que viven en asentamientos marginales, hacinados en viviendas precarias y, en muchos casos, sin agua corriente.

Cabe señalar, como aspecto positivo frente a semejante desgracia, que la pandemia puso en marcha redes sociales de contención que demostraron funcionar eficazmente. Muchos voluntarios asisten a personas mayores y numerosas organizaciones privadas de bien público elaboran y distribuyen raciones de comida para personas que con sus actividades paralizadas carecen de un mínimo ingreso diario que le permitan sobrevivir. El Gobierno dispuso un auxilio por única vez de 10.000 pesos (unos 100 euros) para todos aquellos que se registren en esa situación. En tres días se anotaron 5 millones de personas.

¹⁶ A fines de 2019 China desplazó a Brasil como principal comprador de aceite y harina de soja, arándanos, uvas, arvejas secas, carne bovina, ovina y porcina y miel (Diario La Nación, 19.12.2019).

¹⁷ Nuestro país solicitó al G20 la creación de un fondo que ayude a los países emergentes para evitar caer en cesación de pagos.

Las autoridades nacionales, provinciales y municipales aluden a una «economía de resistencia», adoptando numerosas medidas paliativas de la crítica situación que, en sí mismas, constituyen un problema económico – financiero ya que aumentarán el gasto público al mismo tiempo que reducen la recaudación tributaria¹⁸. En este último sentido se postergaron los vencimientos de impuestos y contribuciones a la seguridad social (cajas jubilatorias), se eliminaron los impuestos aduaneros a la importación de suministros médicos.

Debido a la retracción de la demanda de bienes y servicios, en auxilio de las pequeñas y medianas empresas que superen los 100 empleados, para evitar despidos, el Estado Nacional aportó entre 6.000 y 10.000 pesos (entre 60 y 100 euros) por cada trabajador. Mediante DNU 311/2020 se estableció que las empresas de servicios de energía eléctrica, gas por redes, agua corriente, telefonía fija y móvil, Internet y TV por cable, no podrán disponer la suspensión de los servicios por falta de pago hasta tres vencimientos a partir del 1º de marzo de 2020.

Algunas provincias dispusieron quitas en los sueldos de sus funcionarios legislativos, administrativos y judiciales. Las sumas retenidas serán destinadas a un fondo para invertir en la lucha contra la pandemia.

En el ámbito de las transacciones privadas, para alivio de los sectores de menores recursos, el 29 de marzo se congeló hasta el 30 de septiembre del año en curso el precio de los alquileres de inmuebles y del importe de las cuotas de créditos hipotecarios, que ya no podrán actualizarse para acompañar el proceso inflacionario aunque así se hubiera sido pactado por las partes. Se suspendieron los desalojos por falta de pago de inmuebles alquilados con destino a vivienda y se prorrogaron los plazos locativos hasta el 30 de septiembre de aquellos contratos que vencieran antes de esa fecha (Decretos de necesidad y urgencia nros. 319/2020 y 320/2020).

6. *Cierre*

En el ámbito local un grupo de expertos en cuestiones sanitarias y económicas ha elevado un documento al Gobierno nacional¹⁹ diseñando un plan de acción para cuando se levante la cuarentena: mantener la distancia social en los lugares públicos; utilizar máscaras en forma obligatoria; medir la temperatura

¹⁸ Debido al congelamiento de la economía la recaudación impositiva se redujo en un 40%. Las medidas adoptadas por los Gobiernos nacional y provinciales son están vigentes en otras naciones. A título de ejemplo puede señalarse que en Australia se ha diferido por 4 meses el vencimiento de los principales impuestos y se redujo la tasa de interés. En Alemania las principales medidas fueron dirigidas al sector empresario: subsidios y reducción de la jornada laboral.

¹⁹ www.lanacion.com.ar/2350760

corporal en todos los sitios posibles; mantener la restricción de ingreso al país o hacer un test a cada viajero; proveer de certificados de inmunidad a quienes deban viajar en transportes públicos; asistir con líneas de créditos blandos a pequeñas y medianas empresas; postergar los vencimientos impositivos hasta el mes de julio; reducir el gasto público, suspendiendo el pago de viáticos y gastos de representación a funcionarios y exigiendo a los directivos de empresas estatales que se comprometan a reducirlo en un 10% como mínimo; implementar un sistema de trabajo remoto en los Tribunales; adoptar las medidas económicas pertinentes para que pasada la crisis la Argentina absorba la demanda global que vendrá en materia de productos agroindustriales.

En el plano global la terrible tragedia que afecta a la humanidad en su conjunto impone a los Gobiernos el deber de tratar de evitar su reiteración. Deberá destinarse mayor peso presupuestario a la investigación sanitaria y a la prevención, junto al mejoramiento de la salud y de la calidad de vida de la población en los cinco continentes. Hoy el Estado debe vigilar el acatamiento de las medidas de emergencia pero cuando la pesadilla pase, gobiernos proclives al abuso de poder como los latinoamericanos, deben volver a la plena vigencia de la división de poderes propia del sistema constitucional republicano, evitando ceder a la tentación de perpetuar sus atribuciones excepcionales²⁰.

Se ha dicho con razón que «en los últimos doscientos años, nos hemos consumido la energía fósil concentrada de nuestro planeta desde sus orígenes. La danza del capitalismo salvaje va dejando por su paso, la destrucción acelerada de los recursos naturales del planeta; la explotación inhumana del hombre; y la manipulación de la mente humana para que éste de forma sistemática se convirtiera en un rehén de las sociedades de consumo, que sin darse cuenta se convierta en el arma de su propia autodestrucción... La nueva pandemia ha quitado el velo ilusionista y el maquillaje hipócrita de la Civilización... La realidad ha quitado el efecto de la anestesia del capitalismo salvaje; y ha tirado sus cartas sobre la mesa. Ha llegado la hora de replantear y de humanizar este modelo económico y hacer-

²⁰ Evidenciando esta justificada preocupación, el 24 de marzo de 2020, la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) emitió una declaración en la cual, entre otras consideraciones, recomendó a sus miembros ser «voceros informantes a la sociedad civil de la importancia y responsabilidad de respetar las normas excepcionales de restricciones emitidas por las autoridades constituidas en cada Estado Nacional y dentro del Estado de Derecho, pues cierta desobediencia civil a las mismas ponen en claro riesgo la protección personal de cada habitante y solidariamente a todo el conjunto social la región, la Nación e Iberoamérica para mitigar, no propagar y contener el virus»; y – al mismo tiempo – custodiar «que las restricciones al ejercicio de los derechos ciudadanos se correspondan con el marco constitucional vigente, pues debemos ser vigiladores activos de la democracias para evitar desánimos sociales u oportunismos de turno que las ataquen, pues pasada esta tormenta en la que estamos sufriendo limitaciones a nuestras necesidades básicas y a los derechos sociales, económicos, individuales y políticos, debemos consolidar los Estados de Derecho y nuestras Democracias ya que regresarán los debates políticos – hoy apagados o postergados por la pandemia – muchos de los cuales podrían pretender cuestionar el modelo democrático según sea la respuesta de los gobiernos al conflicto desatado».

nos el siguiente planteamiento: O muere el Capitalismo Salvaje, o muere la Civilización Humana... No podemos seguir viviendo en un planeta donde más del 80% de la riqueza, está concentrada en un 1% de la población, ... que privatiza el agua, la salud, la educación, el viento, el sol; Derechos Humanos Universales que se han convertido en mercancías, que se encuentran sólo al alcance de una minoría rapaz, voraz e insaciable, mientras las grandes mayorías invisibles sólo son visibles en los procesos electorales, disfrazados de Democracia»²¹.

Superada la pandemia de COVID 19 la clase dirigente argentina deberá capitalizar la terrible experiencia y avocarse a la búsqueda sincera y enérgica de una sociedad más justa, que equivale a decir una sociedad igualitariamente preparada para afrontar eventos de semejante gravedad. El Estado Federal y los gobiernos locales deberán intensificar sus esfuerzos para mejorar la calidad de vida de los sectores vulnerables, con el objetivo de asegurar niveles adecuados de alimentación, provisión de agua potable, servicios de desagües cloacales y salud pública. Solo de esta forma, si se reiterara una situación semejante a la que hoy afrontamos, los padecimientos de la población y la pérdida de vidas se verían mitigados.

²¹ Editorial The Washington Post, 25 de marzo de 2020, *O muere el capitalismo salvaje, o muere la civilización humana*, traducido al español por D. Brown.

Carlos Botassi - Abstract

Coronavirus. Emergenza sanitaria ed economica in Argentina

Il contributo analizza gli effetti dell'emergenza sanitaria derivante dalla diffusione del Covid-19 e della conseguente emergenza economica nella Repubblica Argentina dal punto di vista politico e del diritto costituzionale e amministrativo.

Coronavirus. Health and economic emergency in Argentina

The article examines the impact of the sanitary emergency caused by the diffusion of Covid-19 and the effects of the consequent economic emergency in the Argentine Republic under a political, constitutional and administrative perspective.

La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 (e ss. mm.): una possibile lettura

Giorgio Vercillo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli orientamenti (non omogenei) di Autorità amministrative indipendenti ed amministrazioni dello Stato. – 3. Logica e funzione dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020. – 4. Sulla portata della proroga dei termini disposta dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020. In particolare, sull'individuazione dei procedimenti amministrativi a cui la stessa è applicabile. – 5. Sulla sospensione dei termini c.d. esecutivi. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Tra le misure istituite per fronteggiare l'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del COVID-19, una particolare attenzione deve essere rivolta a quelle di cui all'art. 103 del D.L. n. 18/2020, con cui è stata introdotta una speciale disciplina sui termini dei procedimenti amministrativi e sugli atti in scadenza¹, la cui applicazione è stata prorogata fino al 15 maggio 2020 dall'art. 37 del successivo D.L. n. 23/2020².

L'obiettivo perseguito dal Governo è evincibile sin dalla rubrica della norma, ove si fa testuale riferimento alla necessità di intervenire sulla «sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi» e sugli «effetti degli atti amministrativi in scadenza». Eppure, questo obiettivo corre il rischio di essere parzial-

¹ Per un primo commento all'art. 103 del D.L. n. 18/2020, v. M.A. Sandulli, N. Posteraro, *Procedimento amministrativo e Covid-19. Prmissime considerazioni sulla sospensione dei termini procedurali e sulla conservazione dell'efficacia degli atti amministrativi in scadenza nell'art. 103*, in www.federalismi.it; L. Giani, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, ivi.

² L'art. 37 del D.L. n. 23/2020 dispone che: «Il termine del 15 aprile 2020 previsto dai commi 1 e 5 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, è prorogato al 15 maggio 2020».

mente tradito, a causa di alcuni aspetti inerenti al *drafting* che possono ingenerare, come hanno effettivamente già ingenerato, ambiguità in ordine alla effettiva portata precettiva delle previsioni ivi contenute.

Questi limiti trovano probabilmente la loro ragion d'essere nel contesto emergenziale e, sotto certi aspetti drammatico, che ha caratterizzato l'*iter* propeedeutico all'emanazione del D.L. n. 18/2020; ma, ciò nonostante, pongono l'interprete di fronte a questioni di carattere non secondario e dalla cui soluzione dipende la piena ed integrale attuazione, non solo dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020, ma anche dei principi generali ai quali è notoriamente informata tutta l'attività amministrativa³. Mi riferisco, su tutti, ai principi di legalità e di certezza del diritto, di imparzialità e buon andamento, di economicità, di efficacia, del contraddittorio nel procedimento, di leale collaborazione e di non aggravamento.

Sono questi principi la cui copertura è assicurata già dalla legge generale sul procedimento amministrativo e, ancor prima, dalla Costituzione; ma che, come cercherò di dimostrare in questo contributo, l'art. 103 del D.L. n. 18/2020, se correttamente interpretato, è volto anch'esso a salvaguardare.

2. *Gli orientamenti (non omogenei) di Autorità amministrative indipendenti ed amministrazioni dello Stato.*

Le incertezze insorte in merito all'effettiva portata precettiva dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 trovano conferma nei primi orientamenti che sono stati espressi dalle Autorità amministrative indipendenti e dalle amministrazioni dello Stato nei giorni successivi alla sua entrata in vigore.

L'ANAC, ad esempio, con la Delibera numero 268 del 19 marzo 2020⁴ ha ritenuto di prorogare e/o di differire i termini riferiti ai procedimenti amministrativi sottoposti alla sua competenza, disponendo che: (i) per i procedimenti in corso, «tutti i termini di conclusione del procedimento, come fissati nei regolamenti sull'esercizio delle diverse funzioni dell'Autorità, sono [...] sospesi per il periodo previsto dall'articolo 103, comma 1, del decreto legge n. 18/2020»; (ii) i termini per la risposta da parte di terzi alla richiesta di dati, di documenti e di informazioni «sono incrementati di ulteriori 60 giorni, salva successiva determinazio-

³ Sui principi dell'azione amministrativa, v. A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 119 ss.; A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2019, 181 ss.; G. Corso, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 15 ss.

⁴ La Delibera ANAC numero 268 del 19 marzo 2020 può essere consultata alla pagina http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?id=f75673bb0a778042385dab390e4498d6

ne [...] in caso di cessazione dell'emergenza sanitaria in corso»; (iii) nuovi procedimenti sanzionatori, di vigilanza e consultivi non saranno avviati nel periodo di sospensione dei termini; (iv) i termini per l'avvio dei nuovi procedimenti, anche se previsti in regolamenti, «decorreranno a partire» da quando cesserà il periodo di sospensione; (v) i procedimenti pendenti possono essere conclusi «anche prima della scadenza del periodo di sospensione, in tutti i casi in cui, avendo già acquisiti tutti gli elementi istruttori nella piena garanzia del contraddittorio, [...] esistano particolari motivi di urgenza per l'adozione del provvedimento finale».

La Consob⁵, dal canto suo, ha precisato: (i) che «esulano dall'ambito applicativo della sospensione prevista dall'art. 103 del decreto-legge le misure di natura cautelare ed urgente di competenza dell'Istituto, posto che i relativi procedimenti non contemplano, sulla base della disciplina secondaria attuativa della legge n. 241 del 1990 (Reg. Consob n. 18388 del 2012), un termine di conclusione entro il quale l'Autorità provvede all'adozione del provvedimento»; e (ii) che «la previsione contenuta nell'art. 103 del decreto-legge n. 18/2020 non si applica ai termini direttamente previsti da norme di legge, di regolamento o da deliberazioni di carattere generale che stabiliscono obblighi di trasmissione di informazioni o documenti», trattandosi di obblighi «posti a tutela dell'attività di vigilanza [che] non da[rebbero] vita a procedimenti amministrativi».

L'IVASS, a sua volta, il 24 marzo u.s.⁶ ha pubblicato un comunicato in cui ha assunto una posizione più generica e, dopo aver rilevato che l'art. 103 del D.L. n. 18/2020 si applica anche ai propri procedimenti, i «cui termini sono pertanto sospesi *ex lege*», ha tenuto a precisare di essersi dotata «di misure organizzative in grado di assicurare che siano comunque salvaguardati i principi di efficienza, efficacia e ragionevole durata dei procedimenti amministrativi, con particolare riguardo a quelli che presentano carattere d'urgenza, anche a tutela dei diritti degli interessati».

Analogo l'orientamento espresso dal Garante della protezione dei dati personali⁷, che ha diffuso una informativa in cui ha fatto presente che, «ai sensi dell'art. 103 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, i termini previsti per la definizione dei procedimenti pendenti [...] alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente, sono sospesi [...], fatte salve le eventuali modifiche che potranno intervenire in sede di conversione del citato decreto e quelle che potranno essere introdotte da ulteriori atti o provvedimenti recanti misure di contenimen-

⁵ La Comunicazione Consob n. 2/20 del 25 marzo 2020 può essere consultata alla pagina http://www.consob.it/documents/46180/46181/c20200325_2.pdf/d2b58fdb-9331-47bc-b01d-4fbc50ee0794

⁶ La nota IVASS è pubblicata sulla pagina web <https://www.ivass.it/media/avviso/sospensione-procedimenti/>

⁷ Il comunicato può essere consultato sul sito <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9299858>

to e gestione dell'attuale emergenza epidemiologica», riservandosi comunque «di adottare in ogni caso ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti».

Nello stesso senso l'Autorità di Regolazione dei Trasporti⁸ è intervenuta con la Delibera n. 69/2020, disponendo genericamente: (i) che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti avviati dall'Autorità su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo» di sospensione introdotto dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, «ferma la necessità di assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati»; e (ii) che «nei procedimenti che saranno avviati dalla data di pubblicazione della presente delibera sino alla cessazione dello stato di emergenza, l'Autorità stabilisce termini procedimentali che tengono conto di detta situazione eccezionale».

Maggiormente precise, invece, sono state le indicazioni fornite dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁹, il quale ha diffuso una circolare in cui ha precisato: (i) che «la disposta sospensione “dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data” [...] si applica, ad eccezione dei casi per cui il medesimo articolo 103 prevede l'esclusione, a tutti i procedimenti amministrativi»; (ii) che «la sospensione del termine è stata stabilita in favore del soggetto onerato di osservarlo»; (iii) che, in ogni caso, «nulla vieta che quest'ultimo possa comunque validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione».

Ancor più di recente, sull'art. 103 del D.L. n. 18/2020 è intervenuta l'AGCM¹⁰, che in una comunicazione pubblicata il 1° aprile 2020 ha distinto tra termini procedimentali, endoprocedimentali e finali, da un lato; e termini esecutivi, dall'altro lato.

Con riferimento ai termini del primo tipo, l'Autorità *antitrust* ha rilevato come la misura di sospensione *ex lege* del decorso dei termini si applichi con l'unica eccezione costituita dai procedimenti cautelari, rispetto ai quali si è riserva-

⁸ La Delibera ART n. 69/2020 è disponibile al link https://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2020/03/Delibera-n.-69_2020_signed.pdf

⁹ Cfr. la Circolare 23.3.2020, avente ad oggetto «applicazione dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020 alle procedure disciplinate dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

¹⁰ Si veda la comunicazione in data 1° aprile 2020, pubblicata sul sito internet dell'AGCM alla pagina <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/News%20pagamento%20sanzioni.pdf>

ta di intervenire onde «impedire il prodursi di un danno grave e irreparabile alla concorrenza e ai diritti dei consumatori».

Sui termini c.d. esecutivi, invece, l'AGCM ha limitato l'ambito oggettivo di applicazione del periodo di sospensione a quelli concernenti il pagamento di sanzioni pecuniarie, escludendovi, invece, quelli per l'ottemperanza alle diffide contenute nei rispettivi provvedimenti, in quanto riferiti ad «un'attività che non solo non è amministrativa e non si svolge nell'ambito di un procedimento, ma che è necessaria a rimuovere dall'ordinamento un illecito concorrenziale».

Un esplicito riferimento ai termini per l'esecuzione dei provvedimenti finali è stato, inoltre, operato dal Ministero dell'Interno con una circolare diffusa dal Dipartimento di Pubblica Sicurezza, il 19 marzo u.s., ove si afferma che la sospensione disposta dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 sarebbe riferita anche ai termini «afferenti all'esecuzione dei provvedimenti finali».

La rassegna degli orientamenti cui si è fatto sopra riferimento dimostra, in buona sostanza, che sulla portata precettiva dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 non si è formata, ancora, una uniformità di vedute.

Le principali questioni che risultano ancora aperte attengono, in particolare, a due aspetti: (i) da un lato, non risulta ben definita quale sia la portata della proroga dei termini disposta dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 e, in particolar modo, non è chiaro se la stessa trovi applicazione a tutti i procedimenti amministrativi o se sia possibile, e a quali condizioni, escluderne taluni dal suo ambito oggettivo di applicazione; (ii) dall'altro lato, non mi pare ben identificato quale sia l'esatto confine operativo della sospensione e, in particolar modo, se la stessa sia riferita ai soli procedimenti amministrativi, oltre che agli atti ad essi propedeutici o endoprocedimentali, o valga anche per l'esecuzione dei provvedimenti finali.

3. Logica e funzione dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020

Per cercare di sciogliere le ambiguità che connotano l'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020, ritengo anzitutto necessario soffermarmi sulla logica e sulla funzione che connota tale norma.

Il regime speciale dei termini dei procedimenti amministrativi e dell'efficacia degli atti in scadenza ivi istituito, come si è detto, figura tra le «ulteriori misure per fronteggiare l'emergenza derivante dalla diffusione del Civ-19».

Pertanto, a mio giudizio la piena comprensione della *ratio* sottesa a tale disciplina non può prescindere dal considerare le altre misure introdotte dal Governo con il D.L. n. 18/2020, oltre che con i provvedimenti emergenziali che lo hanno preceduto.

Il contesto di riferimento è, purtroppo, quello in cui la diffusione del c.d. ‘coronavirus’ è stata contrastata limitando, anzitutto, la circolazione delle persone, con riduzione della possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora, se non per spostamenti individuali circoscritti nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni.

I primi limiti di questo tipo, in particolare, risalgono al d.P.C.M. 1° marzo 2020 e la loro applicazione, inizialmente circoscritta a ben definite aree del Nord Italia, è stata via via nel tempo ampliata fino a comprendere l’intero territorio nazionale.

Non è questa la sede per passare in rassegna le singole misure introdotte dal Governo¹¹.

Quello su cui, invece, ritengo utile richiamare l’attenzione è il fatto che tutti i decreti emergenziali emanati nel mese di marzo: (i) da un lato, hanno portato alla progressiva chiusura (temporanea) di numerose attività produttive, commerciali e professionali ritenute non essenziali; (ii) dall’altro lato, e con specifico riguardo alle attività la cui prosecuzione non è stata inibita, hanno ‘raccomandato’ il massimo utilizzo di modalità di lavoro agile, di ferie e di congedi retribuiti per i dipendenti, nonché degli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva e dalla legislazione (si pensi, ad esempio, alla cassa integrazione straordinaria).

L’obiettivo è stato, dunque, quello di fermare la diffusione del virus con un vero e proprio *lockdown*. E questo obiettivo ha coinvolto inevitabilmente, e per quanto qui di maggior interesse, anche in via diretta l’apparato organizzativo della p.A.

Infatti, l’art. 87 del D.L. n. 18/2020 ha istituito misure straordinarie per promuovere il lavoro agile e per favorire l’esenzione dal servizio dei dipendenti pubblici.

È stato, in particolar modo, previsto che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-2019, ovvero fino ad una data antecedente stabilita con d.P.C.M., «il lavoro agile è la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche amministrazioni [...] che, conseguentemente: a) limitano la presenza del personale negli uffici per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente la presenza sul luogo di lavoro, anche in ragione della gestione dell’emergenza; b) prescindono dagli accordi individuali e dagli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81» (comma 1).

¹¹ Per un primo commento, v. M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in www.federalismi.it; M. Nocelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, ivi; F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, ivi.

E nella consapevolezza che una gran parte delle p.A. non sarebbe stata pronta a recepire tale misura sul piano tecnologico, oltre che organizzativo, lo stesso art. 87 del D.L. n. 18/2020 ai commi successivi ha precisato: (i) che «la prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dall'amministrazione» (comma 2); (ii) che «qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile [...] le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva» (comma 3); (iii) che, «esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio» (comma 3).

Sin dal principio è stato dunque chiaro che l'impatto generato dalle misure emergenziali sull'assetto organizzativo dell'apparato pubblico avrebbe comportato inevitabili ricadute anche sull'attività in concreto posta in essere dalle p.A.

E poiché la principale forma di manifestazione dell'azione delle p.A. è quella che si traduce nel compimento di atti e provvedimenti amministrativi¹², è stato inevitabile intervenire anche sul regime dei termini propedeutici alla loro adozione, oltre che sull'efficacia degli atti in scadenza.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, credo che la prima finalità perseguita dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 possa essere identificata in quella di attenuare le ricadute che l'assetto organizzativo emergenziale dell'apparato pubblico avrebbe generato sull'attività amministrativa e sulla sua continuità.

In caso contrario, le p.A. sarebbero state esposte al rischio di subire un doppio pregiudizio: sia perché i termini (ordinatori e perentori) di avvio e/o di conclusione dei procedimenti amministrativi sarebbero stati inevitabilmente violati, in spregio al principio generale che impone alla p.A. il dovere di provvedere¹³; sia perché l'efficacia di una serie innumerevole di atti e provvedimenti sarebbe cessata senza la possibilità di intervenire tempestivamente con l'adozione di atti di proroga o di rinnovo.

¹² Sul punto, v. F.G. Scoca, E. Follieri, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, *op. cit.*, 159 ss.; nonché F.G. Scoca, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., Milano, 2002, 75 ss. Sulla nozione di attività amministrativa, v. anche M.S. Giannini, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 988 ss.

¹³ A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; F. Figorilli, A. Giusti, *Commento all'art. 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), Torino, 2005, 127 ss.; F. Figorilli, M. Renna, *Commento all'art. 2*, in *Codice dell'azione amministrativa e della responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, Gi. Ferrari (a cura di), Roma, 2010, 127 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, *op. cit.*, 273 ss.; Id., *Doverosità dell'azione amministrativa tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2007, 140 ss.; A. Colavecchio, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, 2013, 1 ss.; N. Posteraro, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, 1 ss.

Sicché, l'art. 103 del D.L. n. 18/2020, se osservato da questa particolare prospettiva, risulta funzionale a salvaguardare i principi generali di buon andamento ed imparzialità dell'azione e dell'organizzazione amministrativa¹⁴, di continuità della stessa, di efficienza, efficacia, economicità¹⁵.

Ma la *ratio* sottesa al regime speciale istituito dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020 non è limitata alla necessità di istituire guarentigie utili a tutelare la sola p.A.

Tanto può essere affermato se si considera che, come è noto, il compiersi dell'azione amministrativa dà luogo ad «un «insieme di operazioni, comportamenti e decisioni», ovvero, [ad] [un] insieme di atti ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica»¹⁶, che sono funzionalizzati al perseguimento di un interesse pubblico e che, al contempo, producono effetti giuridici nei confronti di soggetti terzi, a prescindere dal fatto che si traducano in provvedimenti costitutivi o dichiarativi; in provvedimenti generali o particolari; in provvedimenti normativi o precettivi.

Si consideri, peraltro, che l'azione amministrativa si sviluppa in rapporti giuridici che possono coinvolgere, oltre alla p.A. preposta alla cura dell'interesse pubblico, anche uno o una pluralità di portatori di interessi secondari; e la definizione di tali rapporti, che potremmo definire con l'espressione «multipolari»¹⁷,

¹⁴ Aderendo all'opinione prevalente, A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, *op. cit.*, 190, declina il buon andamento in due nozioni: l'una c.d. funzionale, che lo proietta tra i principi dell'azione amministrativa; l'altra c.d. strutturale, che guarda al buon andamento nella dimensione dell'organizzazione. Sul principio di buon andamento, v. anche M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 84; nonché B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 65 ss.

¹⁵ La correlazione tra buon andamento e continuità dell'azione amministrativa è messa in luce da A. Bartolini, S. Fantini, *Le ragioni della specialità (principi e storia del diritto amministrativo)*, *op. cit.*, i quali ritengono corretta una lettura «in connessione con la dimensione organizzativa del principio di buon andamento anche del principio di continuità, che pur se predicato in genere con riguardo all'attività amministrativa, rinvie il suo *quid proprium* nel funzionamento, senza interruzioni, dell'organizzazione pubblica» (133).

¹⁶ In tal senso, v. F.G. Scoca, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, *op. cit.*, 167.

¹⁷ Sull'origine del concetto di «rapporto amministrativo», si rinvia al noto contributo di A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo. Il L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, nonché alla approfondita ricostruzione offerta da M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, il quale inquadra in tale locuzione «il complesso delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne ed interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa» (105). La qualificazione del rapporto amministrativo in una logica non necessariamente bipolare, ma anche «multipolare» è condivisa anche da F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, che nell'esaminare le relazioni che corrono tra provvedimento amministrativo, interesse legittimo e tutela del c.d. «terzo» osserva come «la figura del terzo» sia «destinata ad espandersi ed articolarsi in figure distinte», precisando che «terzi in senso proprio non possono essere considerati coloro che aspirano al medesimo provvedimento che l'amministrazione si appresta ad adottare». Rispetto al provvedimento, e all'esercizio del potere propedeutico alla sua emanazione, tutti i terzi (in senso atecnico) sono antagonisti e, osserva Scoca, «se si vuol ragionare in termini di rapporto giuridico, questi soggetti sono tutti parti del rapporto denominato «multipolare»» (427). Secondo Scoca, il «terzo in senso proprio è [solo] colui che non aspira ad ottenere il provvedimento richiesto da altri, ma ritiene (o teme) di subire conseguenze negative dagli (dalla realizzazione degli) effetti di

per regola generale necessita o, comunque, deve consentire, a seconda dei casi, la partecipazione di tutti i soggetti interessati.

La sede in cui tutto questo si verifica è costituita proprio dal procedimento amministrativo, inteso quale contenitore¹⁸ del rapporto giuridico che intercorre con la p.A., nel corso del quale l'apporto partecipativo¹⁹ del soggetto che 'dialoga'²⁰ con il titolare del potere (*i.e.* con la p.A.) può assumere una funzione collaborativa o di garanzia²¹.

Ma la partecipazione al procedimento, specie quando l'esercizio della funzione involge questioni tecniche di particolare complessità, ed ancor di più quando è svolta in funzione difensiva da chi è sottoposto ad un procedimento sanzionatorio e/o affittivo e/o di vigilanza, per poter essere 'utile'²² richiede un impegno non trascurabile del diretto interessato e, di frequente, necessita del supporto di una pluralità di soggetti (dipendenti o consulenti esterni) per gli adempimenti preparatori o istruttori che si rendono di volta in volta necessari.

Si pensi, ad esempio, all'attività propedeutica: (*i*) alla preparazione di un'offerta in una gara di appalto; (*ii*) alla partecipazione ad una conferenza di servizi in materia ambientale; (*iii*) alla predisposizione di una memoria difensiva da depositare innanzi all'AGCM in un procedimento volto ad accertare la commissione di una presunta intesa restrittiva della concorrenza; (*iv*) alla preparazione di un'audizione innanzi all'ANAC o all'Autorità di Regolazione dei Trasporti.

In tutti questi casi, l'esercizio pieno ed effettivo del diritto di partecipazione attiva e consapevole al procedimento potrebbe essere precluso dalle misure emer-

tale provvedimento» (427-428). In senso conforme, v. F. Trimarchi Banfi, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss. Sulla qualificazione del rapporto amministrativo in chiave "multipolare", v. anche G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 1 ss.

¹⁸ La concezione del procedimento come «contenitore» dell'azione amministrativa risale a B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 171 ss.

¹⁹ Sulla partecipazione al procedimento, v. F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, 1996, 1 ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 1 ss.; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; F. Giglioni, S. Lariccia, (voce) *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 943 ss.; M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 1 ss.; P. Chirulli, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, *op. cit.*, 15 ss.; B. Gagliardi, *Intervento nel procedimento amministrativo, giusto procedimento e tutela del contraddittorio*, in *Dir. amm.*, 2017, 373 ss.

²⁰ La raffigurazione del privato che 'dialoga' con la p.A. è di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, *op. cit.* 267; Id., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

²¹ G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 216.

²² S. Cognetti, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 1 ss.

genziali istituite dal Governo, le quali, oltre ad incidere sull'apparato della p.A., limitano anche il funzionamento e l'organizzazione dei soggetti privati.

Le persone (a seconda dei casi, fisiche o giuridiche) coinvolte in ciascuno dei procedimenti sopra menzionati, infatti, potrebbero aver assunto misure a tutela della salute dei propri dipendenti, ad esempio, con la collocazione di questi ultimi in cassa integrazione straordinaria; oppure aver fatto ricorso a forme di lavoro agile che rendono difficile e/o impossibile il compimento degli atti necessari all'esercizio dei 'diritti' di partecipazione al procedimento.

Ecco quindi la conferma che l'art. 103 del D.L. n. 18/2020 non opera solo a favore della p.A., ma assolve anche ad una funzione di garanzia dei privati che con quest'ultima si trovano a 'dialogare': (i) o per una loro autonoma scelta, come accade nei procedimenti avviati su istanza di parte; o (ii) perché subiscono la decisione altrui, come si verifica nei procedimenti amministrativi avviati d'ufficio.

L'art. 103 del D.L. n. 18/2020, in definitiva, se esaminato da questa diversa chiave di lettura, si traduce in presidi utili a preservare anche gli interessi dei privati, assicurando loro il pieno esercizio dei poteri di partecipazione ai procedimenti amministrativi; quindi, il pieno esercizio di una serie di prerogative che, altrimenti, sarebbero ad essi potenzialmente sottratte.

4. *Sulla portata della proroga dei termini disposta dall'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020. In particolare, sull'individuazione dei procedimenti amministrativi a cui la stessa è applicabile*

Come osservato in premessa, una delle questioni su cui non si è ancora formata una uniformità di vedute in ragione della ambigua formulazione dell'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020 attiene all'ambito oggettivo di applicazione della proroga dei termini procedurali. In particolare, non è chiaro: (i) se la proroga trovi applicazione in linea generale a tutti i procedimenti amministrativi; o (ii) se, e in quali casi, le p.A. possano escludere taluni procedimenti amministrativi dal suo ambito di operatività.

La questione si pone perché l'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020: (i) per un verso, dispone con un precetto connotato da una chiara portata generale, che «ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 [maggio]²³ 2020» (comma 1, primo

²³ Cfr. art. 37 D.L. n. 23/2020.

periodo); (ii) per altro verso, nel periodo immediatamente successivo, enuncia la regola per cui «[l]e pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati».

L'ambiguità deriva proprio dal rapporto che intercorre tra le proposizioni da ultimo richiamate e, in particolar modo, attiene all'individuazione della portata precettiva che caratterizza la seconda di esse.

Diverse le soluzioni astrattamente ipotizzabili.

Anzitutto, si potrebbe sostenere: (i) che la sospensione dei termini disposta dal primo periodo dell'art. 103, comma 1, operi in linea generale per tutti i procedimenti amministrativi e sia inderogabile, in quanto volta a tutelare interessi pubblici e privati ritenuti meritevoli di particolare considerazione, in questa fase emergenziale, dall'ordinamento; (ii) e che, pertanto, la previsione a tale periodo immediatamente successiva esprima una regola che le p.A. saranno tenute ad applicare quando sarà cessato il periodo di sospensione dei termini individuato dal D.L. n. 18/2020.

Secondo questa soluzione, le p.A. non potrebbero compiere attività procedurali, ma dovrebbero organizzarsi in modo che, a partire dal 16 maggio 2020, venga assicurato il principio di speditezza dell'azione amministrativa e sia assegnata priorità ai procedimenti considerati urgenti all'esito di valutazioni compiute dalle medesime p.A., ove del caso su motivata istanza dei privati.

Questa chiave di lettura risulta coerente con l'interpretazione letterale dell'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 e rinviene anche altri elementi di supporto negli ulteriori precetti espressi dai commi successivi, i quali escludono dal regime speciale di sospensione i termini specifici procedimenti amministrativi, quali sono quelli: (i) «stabiliti da specifiche disposizioni del presente decreto e dei decreti-legge 23 febbraio 2020, n. 6, 2 marzo 2020, n. 9 e 8 marzo 2020, n. 11, nonché dei relativi decreti di attuazione» (comma 3); (ii) dei procedimenti disciplinari del personale delle p.A. di cui al d.lgs. n. 165/2001 (comma 5).

La soluzione appena prospettata incontra tuttavia alcuni limiti, poiché non appare pienamente allineata alla logica, cui si è fatto sopra riferimento, che caratterizza l'intero impianto della disciplina qui esaminata.

Si potrebbe infatti obiettare che, nei casi in cui la p.A. sia già dotata di misure organizzative idonee ad assicurare la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti anche nel periodo emergenziale, allora la stessa ben potrebbe concludere i procedimenti anche prima del 15 maggio 2020. Ciò proprio al fine di assicurare la speditezza dell'azione amministrativa.

Senonché, a mio giudizio, neppure quest'altra soluzione è convincente.

Sul piano letterale, al suo accoglimento osta: (i) la circostanza che il D.L. n. 18/2020 rivolge alle p.A. un ordine («adottano») che presuppone il compimento di un'attività propedeutica alla conclusione dei procedimenti; attività che, a sua volta, si deve tradurre nell'implementazione di «nuove» misure organizzative idonee, non a concludere i procedimenti nel periodo emergenziale, ma ad «assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti»; (ii) il fatto che l'adozione delle misure organizzative da parte delle p.A. non è comunque di per sé sufficiente ad adempiere al precetto recato dalla norma, essendo le p.A. tenute anche ad assicurare priorità ai procedimenti qualificati come urgenti; (iii) il riferimento operato nella parte finale del periodo qui commentato alle motivate esigenze manifestate dai privati in ordine all'urgenza di provvedere.

Ma le maggiori criticità si evincono, a mio giudizio, proiettando l'opzione appena ipotizzata nella logica che connota l'intero impianto dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020, poiché questa norma, come ho già precisato, non è finalizzata a preservare gli interessi della sola p.A., ma è anche volta a salvaguardare le posizioni dei destinatari ultimi dell'esercizio del potere.

È ben possibile, infatti, che la p.A., nel pieno del periodo emergenziale, manifesti la propria esigenza di provvedere; ma non è neppure da escludere che i privati non siano in condizione di 'dialogare' con la parte pubblica esercitando i diritti di partecipazione al procedimento.

Sicché, la soluzione che assegna alla p.A. un'ampia discrezionalità nella scelta sul 'se' applicare, o meno, il regime di sospensione dei termini procedurali, pur potendo essere astrattamente ipotizzata, non è in concreto percorribile, poiché, altrimenti sarebbe commessa una violazione dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020, oltre che dei principi del giusto procedimento e del contraddittorio che tale norma è volta anch'essa a preservare; e sarebbe arrecato un grave pregiudizio per gli interessi dei destinatari dell'esercizio del potere.

Si potrebbe tuttavia osservare che, in talune circostanze, potrebbero essere proprio questi ultimi ad avere un interesse alla sollecita definizione del procedimento di cui sono parte²⁴; e che, al verificarsi di questo scenario, la deroga al regime di sospensione dei termini procedurali possa essere garantita.

Ebbene, al verificarsi di questa ipotesi, non v'è dubbio che la p.A., se in condizione di adottare un provvedimento finale, avrebbe il dovere di concludere il procedimento con l'adozione del provvedimento finale.

²⁴ Osserva G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, cit., che «la partecipazione al procedimento, sebbene possa andare a vantaggio anche dell'amministrazione, è oggetto di un diritto, non di un dovere». E che «i privati, dunque, possono decidere anche di non partecipare: perché non hanno tempo o non intendono sostenere i relativi oneri» (217).

L'importante, però, è che in questo caso siano rispettati anche gli interessi di tutti i soggetti pubblici e/o privati che hanno 'diritto' di partecipare al procedimento e non soltanto quelli che fanno capo al destinatario del provvedimento finale.

Ove così non fosse, sarebbe nuovamente tradita la logica sottesa al regime speciale qui esaminato, con contestuale violazione del principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Acclarato, quindi, che quando gli interessi dei privati e della p.A. alla celebre definizione del procedimento sono convergenti è possibile derogare al regime generale di proroga dei termini istituito dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, occorre a questo punto verificare quale soluzione debba essere adottata nelle ipotesi in cui: (i) la fase istruttoria sia stata completata prima dell'inizio del periodo emergenziale e alla p.A. non resta che l'adozione del provvedimento finale; (ii) sopravvenga una ragione di urgenza che imponga avviare un procedimento e/o di adottare un provvedimento con immediatezza; (iii) la sospensione dei termini procedurali sia intervenuta quando era già pendente un procedimento formalmente qualificato *ab imis* come "urgente" dalla p.A.

La prima ipotesi è quella di più facile soluzione.

Se la fase istruttoria si è già formalmente conclusa in una data antecedente l'inizio del periodo emergenziale, nulla osta alla possibilità che le p.A., qualora siano in condizione di concludere il procedimento prima del 15 maggio 2020, adottino il provvedimento finale²⁵.

In questo caso, infatti, sarebbe assicurato l'interesse pubblico alla speditezza dell'azione amministrativa senza arrecare alcun nocumento alla posizione del privato, essendo già stato messo in condizione di esercitare le prerogative inerenti alla partecipazione nei termini di legge.

Sicché, l'ipotesi appena prefigurata a mio giudizio può essere sussunta nella fattispecie astratta di cui al secondo periodo dell'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020.

Ma analoghe conclusioni possono essere tratte in presenza delle ragioni di urgenza cui ho fatto riferimento *sub (ii)* e *(iii)*.

In questi casi, infatti, l'intervento della p.A. avrebbe una natura *lato sensu* cautelare.

²⁵ La possibilità di configurare l'ipotesi in commento deve essere esclusa: (i) sia quando la p.A. procedente ravvisi e/o abbia ravvisato l'esigenza di acquisire, prima di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso, documenti e/o informazioni e/o chiarimenti da parte del destinatario dell'esercizio del potere o di soggetti terzi; (ii) sia, nei procedimenti ad istanza di parte, quando prima di adottare un provvedimento negativo debbano essere ancora comunicati i motivi che ostano all'accoglimento della domanda e/o debbano essere presentate le osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, dai destinatari del preavviso di rigetto ed il termine di dieci giorni prescritto dall'art. 10-bis della legge n. 241/1990 venga a scadere nel c.d. periodo emergenziale.

Ed il suo fondamento potrebbe essere ravvisato nelle norme della legge n. 241/1990 che attribuiscono alle p.A. il potere (generale) di adottare provvedimenti in via d'urgenza²⁶.

Mi riferisco, in particolare, all'art. 21-*bis*, che conferisce alle p.A. il potere generale di adottare «provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente» che sono «immediatamente efficaci»; e al successivo art. 21-*quater*, in forza del quale «l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge»²⁷.

Queste norme hanno definitivamente legittimato – e in qualche misura tipizzato – la conformità all'ordinamento giuridico di provvedimenti amministrativi la cui adozione è giustificata da particolari ragioni di urgenza²⁸.

Tanto è vero che, nel pieno del periodo emergenziale, sono numerosi i provvedimenti emanati da Regioni ed amministrazioni locali a tutela degli interessi pubblici alla cui cura sono preposte, onde evitare il verificarsi dei c.d. «pericoli di ritardo» da cui è scaturita la sopravvenuta urgenza di provvedere.

Ma non basta.

In aggiunta a quanto precede, ritengo che l'avvio di procedimenti o l'adozione di provvedimenti d'urgenza, ancor più nel periodo di sospensione dei termini istituito dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, debba essere anche accompagnata da un onere motivazionale aggravato a carico della p.A., che deve dar conto, e dimostrare, in coerenza con gli atti ed i comportamenti in precedenza assunti, la effettiva ed attuale sussistenza di una ragione cautelare fondata su un interesse pubblico del tutto prevalente.

Un simile onere si rende, a mio avviso, necessario per non tradire lo spirito della norma e per assicurare una – seppur minima – protezione agli interessi dei privati nei cui confronti è esercitato il potere cautelare, essendo noto che, rispetto ai provvedimenti d'urgenza, le garanzie procedurali di regola non trovano applicazione²⁹.

²⁶ Su tali norme, v. M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 825 ss.; M. Spasiano, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, *op. cit.*, 280; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 339.; G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio per natura*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli (a cura di), *op. cit.*, 1003 ss.; G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *op. cit.*, 1033 ss.

²⁷ Gli artt. 21-*bis* e 21-*quater* della legge n. 241/1990 sono in «rapporto di tendenziale e reciproca complementarietà» (Tar Basilicata, Potenza, 29 ottobre 2019, n. 781).

²⁸ Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1487.

²⁹ Tar Puglia, Bari, Sez. I, 21 giugno 2018, n. 908. In senso conforme, M. Renna, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, *op. cit.*, osserva come tali

Le ragioni d'urgenza, quindi, non possono essere solo allegate dalla p.A. con affermazioni di carattere generale.

Ma per legittimare il compimento di atti nel corso del periodo di sospensione dei termini disciplinato dall'art. 103 del D.L. n. 18/2020, la p.A. ha l'onere di precisare, e di dimostrare, che tali ragioni, oltre ad essere fondate su un interesse pubblico concreto e attuale: (i) o preesistevano ed erano già state qualificate formalmente come tali nell'atto di avvio del procedimento adottato prima della fase emergenziale; (ii) o sono sopravvenute alla fase emergenziale.

In definitiva e per concludere.

Nonostante la tecnica redazionale dell'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020 presenti alcune ambiguità, ritengo che i precetti espressi da tale norma, se interpretati applicando il canone ermeneutico teleologico e sistematico, possano essere intesi nel senso che la sospensione dei termini operi in linea generale per tutti i procedimenti amministrativi. Ma, ciò nonostante, la p.A. sia comunque legittimata ad avviare e/o a concludere un procedimento, a condizione che: (i) prima del 23 febbraio 2020, avesse completato la fase istruttoria; (ii) e/o ricorra una specifica esigenza motivata del destinatario del provvedimento finale; (iii) in quest'ultimo caso, l'avvio e/o la conclusione del procedimento non pregiudichi l'interesse di soggetti terzi; (iv) sussistano, in alternativa, ragioni d'urgenza allegate e dimostrate dalla p.A. che richiedano un intervento cautelare a tutela dell'interesse pubblico.

5. *Sulla sospensione dei termini c.d. esecutivi*

La seconda ambiguità che caratterizza lo speciale regime di sospensione dei termini istituito dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 attiene alla possibilità di applicarlo nella fase di esecuzione dei provvedimenti amministrativi.

In particolare, il dubbio sorge perché la sospensione dei termini viene riferita anche a quelli c.d. «esecutivi»; ma, al contempo, viene precisato che i termini oggetto di sospensione sono quelli «relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi».

norme «ritagliano in favore dell'amministrazione ampi spazi di discrezionalità nella gestione degli effetti e dell'esecuzione dei provvedimenti, attribuendo alla stessa numerose facoltà derogatorie rispetto alle regole sancite in via generale; facoltà di fronte alle quali, va subito avvertito, l'interprete dovrebbe comunque adottare interpretazioni restrittive, circoscrivendo con rigore l'ambito di applicazione e i limiti operativi delle deroghe e valorizzando massimamente gli obblighi dell'amministrazione che a queste si accompagnano, a cominciare naturalmente dall'obbligo di motivazione delle stesse».

L'infelice formulazione della norma, ancora una volta non aiuta, in quanto l'espressione «termini esecutivi» costituisce un *unicum* nel diritto amministrativo³⁰.

È noto, infatti, che l'esecutività è attribuito del provvedimento, non del termine entro cui lo stesso deve essere eseguito. Essa consiste, in particolare, «nella produzione di effetti da parte di un provvedimento amministrativo efficace, a prescindere dalla sua validità» ed identifica, pertanto, «una qualità dell'efficacia»³¹.

Sicché, a voler essere rigorosi, non solo non è possibile configurare «termini esecutivi». Ma è altrettanto difficile configurare una sospensione di termini riferita a “provvedimenti esecutivi”, qualora venga assegnata alla nozione di esecutività il significato giuridico di cui si è detto e che, oltretutto, è ormai da tempo condiviso dalla dottrina di gran lunga maggioritaria.

Del resto, se «l'esecutività consiste nella produzione automatica ed immediata degli effetti, allorquando il provvedimento sia divenuto efficace»³², nell'ipotesi presa in esame dalla norma, in cui il provvedimento sia stato adottato prima del periodo emergenziale, l'esecutività dovrebbe ritenersi integrata sin dal momento della sua adozione o, se limitativo della sfera giuridica del rispettivo destinatario, sin dal momento della sua comunicazione. Sicché, non vi sarebbe nulla da sospendere.

Inoltre, una eventuale sospensione dell'esecutività del provvedimento, se intesa nei termini di cui si è detto, non arrecherebbe alcuna utilità: (i) né per la p.A., che sarebbe invece danneggiata dalla inibizione della produzione automatica ed immediata degli effetti del provvedimento dalla stessa adottato; (ii) né tanto meno per il privato, poiché non sono connotati da esecutività quei provvedimenti per la cui attuazione «è richiesta un'attività di tipo esecutivo da parte del destinatario del provvedimento o dell'amministrazione»³³.

Sicché, sarebbe tradita anche la logica sottesa alla norma qui esaminata.

Queste considerazioni mi inducono, quindi, ad assegnare al ‘neologismo’ utilizzato nell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 un diverso significato giuridico.

Probabilmente, il riferimento – come si è detto, “improprio” – ai “termini [...] esecutivi [...] relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi», è stato inserito per far ricadere sotto il regime speciale della sospensione dei termi-

³⁰ Concorde sul punto L. Giani, *Alcune considerazioni sulla “stratificazione” delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, *op. cit.*, che qualifica l'espressione “termini esecutivi” come «fantasiosa».

³¹ M. Spasiano, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, *op. cit.*, 275. Nello stesso senso, v. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, 346. Sull'esecutività, v. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 280. Nonché B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, *cit.*, che la definisce come «potenzialità immediata alla produzione» di effetti.

³² R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, 346.

³³ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 172.

ni gli adempimenti inerenti alla fase concernente, piuttosto, l'*esecuzione* dei provvedimenti amministrativi³⁴.

In questo senso, l'attributo «esecutivo», pur dovendo essere sempre collegato al provvedimento, e non anche al procedimento, dovrebbe essere inteso in una diversa accezione ed essere collegato all'attività di attuazione delle disposizioni impartite dal provvedimento amministrativo.

Si pensi, ad esempio, all'obbligo: (*i*) di attuare, entro una determinata data, le prescrizioni apposte ad provvedimento di autorizzazione unica alla costruzione di un impianto eolico; (*ii*) di realizzare un progetto in favore della quale è stata concessa una sovvenzione pubblica; (*iii*) di pagare entro il termine di trenta giorni una sanzione pecuniaria in favore dell'AGCM a seguito dell'accertamento della commissione di una pratica commerciale scorretta; (*iv*) di porre in essere le misure ripristinatorie consequenziali all'irrogazione di una sanzione per una intesa restrittiva della concorrenza.

In tutti questi casi, siamo al cospetto di un provvedimento che deve essere eseguito dal rispettivo destinatario. E quando per la sua attuazione è prevista l'osservanza di un determinato termine, ecco che si pone il problema di verificare se possa, o meno, trovare applicazione il regime speciale di cui al D.L. n. 18/2020.

A questo fine, come si è detto, un appiglio potrebbe essere identificato nel riferimento ai termini «esecutivi» che è contenuto nel primo comma dell'art. 103.

Il dato normativo, però, non pare sufficiente neppure qualora si intenda la nozione di «esecutività» nell'accezione di cui si è detto.

A mio giudizio, occorre infatti distinguere: (*i*) l'ipotesi in cui la ritardata esecuzione di un provvedimento già adottato involge un rapporto bilaterale tra p.A. che ha emanato l'atto ed il rispettivo destinatario o un rapporto «multipolare» in cui il destinatario del provvedimento finale non ha commesso alcun comportamento illecito; e (*ii*) la diversa ipotesi in cui l'attuazione del provvedimento è funzionale a porre fine ad un comportamento illecito che incide anche su interessi di soggetti terzi, i quali sarebbero esposti ad un ingiustificato pregiudizio in caso di mancata e/o posticipata esecuzione.

Nel primo caso, la sospensione dei termini può trovare applicazione senza grandi difficoltà, perché risulta coerente, sia con la lettera (ancorché equivoca) dell'art. 103, comma 1 del D.L. n. 18/2020, sia con la logica sottesa a tale norma, che è volta a tutelare, oltre alla posizione della p.A., anche quella del soggetto nei cui confronti il potere amministrativo è in concreto esercitato.

³⁴ Perviene alle stesse conclusioni L. Giani, *Alcune considerazioni sulla "stratificazione" delle previsioni di sospensione dei termini procedurali*, *op. cit.*, sulla base della lettura della relazione di accompagnamento al D.L. n. 18/2020.

Nel secondo caso, invece, i margini per invocare il regime della sospensione dei termini sono estremamente ridotti. Qui, infatti, l'esecuzione del provvedimento è funzionale a rimuovere un comportamento illecito che non è solo vietato dall'ordinamento, ma che è anche pregiudizievole per gli interessi di soggetti terzi.

Ebbene, in questa situazione ritengo che la sospensione dei termini incontri un limite correlato all'esigenza di salvaguardare l'interesse del terzo tutelato dall'ordinamento; e che, pertanto, il regime speciale istituito dal D.L. n. 18/2020 non possa operare, poiché applicare la sospensione a questi termini significherebbe prolungare ingiustificatamente la durata di una condotta illecita in danno, oltre che dell'interesse pubblico, anche di terzi soggetti.

Sicché, per riprendere gli esempi da cui sono partito, l'attuazione delle prescrizioni apposte ad un provvedimento di autorizzazione unica alla costruzione di un impianto eolico può essere differita nel tempo, analogamente all'esecuzione dell'obbligo di realizzare un progetto finanziato dalla p.A. Stesso discorso può essere fatto per il pagamento di una sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità *antitrust*. In caso di sanzione irrogata per intesa restrittiva della concorrenza, invece, le misure ripristinatorie prescritte dall'AGCM devono essere eseguite entro il termine assegnato e senza poter beneficiare del regime speciale istituito dal D.L. n. 18/2020, poiché altrimenti il comportamento illecito perdurerebbe, con grave pregiudizio per gli interessi dei terzi concorrenti.

6. Conclusioni

In questo contributo ho cercato di fornire una possibile soluzione alle ambiguità lasciate aperte dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020.

La norma, infatti, è connotata da una tecnica redazionale discutibile e pone l'interprete di fronte ad alcuni interrogativi e che ho provato a sciogliere con l'ausilio, non soltanto del criterio ermeneutico letterale, ma anche di quello teleologico e di quello sistematico.

Invero, ho dimostrato che la logica e la funzione del regime emergenziale di sospensione dei termini istituito dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020 sia quella di preservare: (i) tanto i principi generali di buon andamento ed imparzialità dell'organizzazione amministrativa e dell'azione, di continuità della stessa, di efficienza, efficacia, economicità; (ii) quanto gli interessi dei privati che 'dialogano' con il potere della p.A.

Da qui la conclusione per cui, durante il periodo emergenziale (che è stato recentemente prorogato fino al 15 maggio 2020), la sospensione dei termini opera per tutti i procedimenti amministrativi; ma la p.A., ciò nonostante, è legittima-

ta ad avviare e/o a concludere un procedimento: (i) se prima del 23 febbraio 2020 aveva già formalmente completato la fase istruttoria; o (ii) su motivata richiesta del destinatario del provvedimento finale, purché in questo modo non pregiudichi gli interessi di soggetti terzi.

Ho anche ricordato che le p.A. dispongono di un potere (generale) di adottare provvedimenti in via d'urgenza. E, muovendo da questa ulteriore considerazione, ho ritenuto di poter aggiungere che le p.A., nel periodo emergenziale, sono legittimate ad avviare e/o a concludere un procedimento anche in presenza di sopravvenute ragioni d'urgenza, specificamente allegare e dimostrare, che richiedano un intervento cautelare a tutela dell'interesse pubblico.

Infine, ho cercato di chiarire che l'espressione «termini esecutivi», pur essendo stata impropriamente utilizzata dal legislatore emergenziale, lascia aperti i margini per sostenere che sono sottoposti al regime di sospensione anche i termini per gli adempimenti necessari a eseguire i provvedimenti amministrativi; a condizione, però, che non si tratti di adempimenti necessari a porre fine ad un comportamento illecito che incide su interessi di soggetti terzi, poiché altrimenti questi ultimi sarebbero esposti ad un pregiudizio dovuto, non alla mancata attuazione del provvedimento, ma, piuttosto, alla continuazione e reiterazione dell'illecito.

La lettura dell'art. 103 del D.L. n. 18/2020 proposta in questo contributo non è di certo l'unica percorribile. Tuttavia, la stessa si pone in linea con le categorie tradizionali proprie del diritto amministrativo che, almeno in parte, sembrano essere state non pienamente considerate in questa fase emergenziale.

Giorgio Vercillo - Abstract

La sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n 18/2020: una possibile lettura

Lo scritto analizza la disciplina sulla sospensione dei termini istituita dall'art. 103, comma 1, del D.L. n. 18/2020. Al riguardo, l'Autore propone di risolvere le ambiguità di tale disciplina richiamando le categorie tradizionali proprie del diritto amministrativo.

The suspension of terms established by art. 103, paragraph 1, of D.L. n 18/2020: a possible reading

This paper analyses the regulation on suspension of terms established by article 103, paragraph 1, of D.L. n. 18/2020. In this regard, the Author aims to resolve the ambiguities of such regulation using the traditional categories of administrative law.

Il rinnovo del permesso di soggiorno UE: un “premio” per l’integrazione degli stranieri? Riflessioni anche alla luce dell’emergenza Covid-19

Armando Giuffrida

SOMMARIO: 1. Una significativa decisione del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo in tema di revoca del permesso di soggiorno UE: vecchie e nuove prospettive sul dovere di integrazione dei migranti, anche alla luce dell'emergenza sanitaria Covid-19. – 2. (*segue*): Il quadro giurisprudenziale di riferimento. – 3. La “filosofia di fondo” della giurisprudenza favorevole ad una progressiva responsabilizzazione del migrante accolto: riferimenti all'accordo di integrazione. – 4. (*segue*): Riferimenti alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione. – 5. Il rinnovo del permesso di soggiorno UE quale “premio” per l'integrazione dello straniero nella prospettiva di una solidarietà biunivoca. – 6. Riflessioni “a caldo” nel vivo dell'emergenza epidemiologica Covid-19.

1. *Una significativa decisione del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo in tema di revoca del permesso di soggiorno UE: vecchie e nuove prospettive sul dovere di integrazione dei migranti, anche alla luce dell'emergenza sanitaria Covid-19*

I. – Mesi or sono la Sezione parmense del Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna ha pronunciato una interessante sentenza sull'annosa questione afferente alla revoca di un permesso di soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti, innestandosi peraltro in un ormai consolidato indirizzo della medesima Sezione¹.

Pur non risultando nel merito particolarmente innovativa, giacché nella sostanza conferma precedenti specifici della Sezione, la pronuncia si segnala perché offre lo spunto per sollecitare una serie di riflessioni di ordine generale corre-

¹ Il riferimento è a Tar Parma, sez. I, 20 maggio 2019, n. 142, in *Foro amm.-TAR*, 2019, (5), 870 (s.m.).

late al tema – di grande attualità – del *dovere di integrazione* gravante sugli stranieri accolti nel territorio nazionale, in particolare se beneficiari di un permesso di soggiorno UE.

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da un cittadino extracomunitario avverso un provvedimento di revoca del permesso di soggiorno UE a motivo di lavoro subordinato.

La Questura di Parma, in sede di istruttoria amministrativa per l'aggiornamento del titolo di soggiorno, aveva accertato la sussistenza di numerosi precedenti penali a carico dello straniero (per evasione, disturbo del riposo delle persone, lesioni e violenza privata e lesioni pluriaggravate in concorso), unitamente a svariati carichi pendenti (per minaccia e danneggiamento, lesioni personali aggravate, porto abusivo di armi e rissa). Allo stesso era inoltre stata applicata la misura di prevenzione dell'avviso orale *ex art. 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*. Sulla base di siffatte risultanze istruttorie, la Questura disponeva la reiezione della domanda di aggiornamento nonché la revoca del permesso di soggiorno di cui lo straniero era titolare all'epoca del rinnovo del titolo di soggiorno.

Questi decideva allora di ricorrere avverso il provvedimento di revoca presso il Tribunale amministrativo parmense. Da un lato, contestava il giudizio di pericolosità sociale, espresso dalla Questura di Parma, lamentando che siffatta valutazione fosse in realtà fondata essenzialmente su un'unica vicenda avente «natura episodica ed occasionale». Dall'altro, asseriva l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto il profilo dell'insufficienza dell'istruttoria, atteso che il ricorrente da anni esercitava una stabile attività lavorativa e, al contempo, disponeva di un alloggio di abitazione insieme alla propria famiglia, composta da moglie e quattro figli.

Il Collegio giudicante tuttavia respingeva il ricorso, in base all'assunto che la revoca del permesso di soggiorno UE, disposta dalla Questura di Parma, di fatto rispecchiava il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa², in massima parte favorevole a fondare il giudizio di pericolosità sociale sulla scorta di accertamenti – definitivi e finanche non definitivi – di responsabilità, ritenendo perciò a tal fine sufficiente un mero quadro indiziario.

In particolare, la Sezione parmense, richiamando copiosa giurisprudenza³, contestava recisamente la tesi attorea secondo cui fosse da ritenere del tutto insufficiente, quale presupposto della misura impugnata, la mera allegazione di un unico accertamento definitivo di responsabilità, come accaduto nel caso di specie. Secondo il Collegio, infatti, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale

² Per i necessari riferimenti giurisprudenziali, v. *infra*.

³ Espressamente ivi evocati: Tar Pescara, sez. I, 2 dicembre 2016, n. 372; Tar Parma, sez. I, 26 settembre 2016, n. 259; Tar Pescara, sez. I, 7 marzo 2016, n. 73; Tar Parma, sez. I, 28 gennaio 2016, n. 31; Cons. Stato, sez. III, 1° aprile 2015, n. 1728; 5 marzo 2014, n. 1031; 30 maggio 2011, n. 3240.

dello straniero soggiornante non sarebbe necessario allegare una pluralità di episodi di responsabilità acclarati in forza di sentenze definitive di condanna (nella specie si trattava di un singolo episodio), essendo al contrario sufficiente la sussistenza di un mero quadro indiziario, dunque ricollegabile ad accertamenti *non definitivi* di responsabilità. In altri termini, l'applicazione, a carico del ricorrente, della misura dell'avviso orale avrebbe pienamente legittimato la Questura di Parma a revocare il permesso di soggiorno UE, a fronte di un solido quadro indiziario asserente la pericolosità sociale per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, ex art. 9, comma 4, d.lgs. n. 286/1998.

Il Collegio giudicante ha così confermato il consolidato indirizzo della medesima Sezione del Tribunale amministrativo parmense, favorevole a ricostruire il permesso di soggiorno UE alla stregua di «una sorta di “premio” per i cittadini extracomunitari che, risiedendo da anni in uno degli Stati membri ed avendo tenuto un comportamento irreprensibile (sia dal punto di vista dell'inserimento sociale e lavorativo, sia con riguardo all'osservanza delle leggi), sono così esentati dall'onere di rinnovare periodicamente il permesso di soggiorno ed acquistare uno *status* più stabile (che spesso sfocia nell'ottenimento della cittadinanza). Ne consegue che, pur imponendo l'art. 9 del T.U. una serie di cautele in sede di revoca del titolo *de quo*, il permesso in questione non può essere rilasciato a soggetti che, sulla base di adeguata motivazione, siano ritenuti dalla competente autorità di P.S. socialmente pericolosi»⁴.

Secondo i giudici amministrativi parmensi la Questura disponeva del più ampio potere discrezionale in sede di accertamento della pericolosità sociale dello straniero in attesa di rinnovo del permesso di soggiorno UE. Del tutto inconsistente è perciò apparsa per il Collegio giudicante ogni asserita incongruità o irragionevolezza nella valutazione della pericolosità sociale dello straniero, essendo la Questura chiamata a (ri)valutare la posizione dell'interessato alla luce delle emergenze istruttorie.

Ma ad aggravare ulteriormente il quadro indiziario in merito alla pericolosità sociale si aggiungeva il comportamento tenuto in seguito all'adozione della misura dell'avviso orale: «misura che sembra non aver sortito effetto alcuno attesa la reiterazione, da parte dell'interessato anche in epoca successiva, di gravi condanne cui conseguiva l'instaurazione di numerosi precedenti penali e, in un caso, una pesante condanna»⁵.

Né, peraltro, ad alleggerire la posizione del ricorrente sarebbe stato possibile allegare – a sostegno dell'asserita integrazione sociale – la sussistenza di una stabile attività lavorativa e la disponibilità di un alloggio di residenza con la propria

⁴ In tal senso, Tar Parma, sez. I, n. 31/2016, cit. Cfr., negli esatti termini, Id., 23 maggio 2017, n. 173.

⁵ Sempre Tar Parma, sez. I, n. 142/2019.

famiglia. Il Collegio giudicante, richiamando un indirizzo specifico della Sezione⁶, ha ribadito che siffatti presupposti avrebbero dimostrato l'esatto contrario, ossia la scarsa propensione del ricorrente ad integrarsi effettivamente nel tessuto sociale nazionale: egli avrebbe infatti preferito dedicarsi alla commissione di reati, anche gravi, nonostante vivesse una condizione altamente favorevole al suo pieno inserimento sociale, disponendo di un lavoro stabile e di una altrettanto stabile collocazione abitativa insieme alla propria famiglia⁷.

Con riguardo poi a quest'ultimo aspetto, la Sezione parmense ha puntualizzato come non possano sollevarsi censure per asseriti vizi di logicità del provvedimento di revoca impugnato, atteso che la Questura, in sede di ponderazione degli opposti interessi nella specificità del caso concreto, ha correttamente dato prevalenza alle esigenze di protezione sociale e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica rispetto ai profili personali e familiari, tenuto altresì conto che «uno dei figli maggiorenni del ricorrente svolge attività lavorativa a tempo indeterminato ed il nucleo familiare può ritenersi economicamente indipendente dalle risorse dello stesso»⁸.

Il ricorso è stato così respinto, con condanna del ricorrente alla rifusione delle spese processuali nella misura liquidata nel dispositivo.

II. – Come accennato, l'indirizzo impresso dalla Sezione parmense del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo suggerisce lo spunto per ampliare l'orizzonte rispetto al limitato contesto offerto dal *thema decidendum* e stimolare talune riflessioni generali in merito al (discusso) dovere degli stranieri di integrarsi nella comunità accogliente: un dovere, peraltro, gravante non solo sui beneficiari del permesso di soggiorno UE, ma viepiù esteso ad ogni straniero accolto nel nostro Paese.

L'indirizzo giurisprudenziale in commento sembra ripresentare tra le righe l'annoso interrogativo se sia o meno ragionevole richiedere anche al migrante un maggior sforzo di integrazione, e dunque di responsabilizzazione, pur con tutte le cautele del caso a seconda delle particolari situazioni soggettive e, ovviamente, lasciando impregiudicati i diritti fondamentali e sociali ad oggi riconosciuti.

L'esigenza di una maggiore e generalizzata responsabilizzazione appare riaffiorare con il profondo senso di insicurezza, anche verso il futuro – in larga misura sconosciuto fino al recente passato – che ha accompagnato la drammatica diffusione del virus Covid-19 con le decine di migliaia di vite umane spente dal suo passaggio in Italia.

⁶ Il riferimento è a Tar Parma, sez. I, n. 259/2016, cit., di identico tenore.

⁷ Cfr. negli esatti termini: Tar Parma, sez. I, 19 maggio 2017, n. 166, e, più recentemente, Id., 4 marzo 2019, n. 50, e 1° marzo 2019, n. 47.

⁸ Così, sempre Tar Parma, sez. I, n. 142/2019, ora in commento.

Come è noto, il Governo del nostro Paese, al fine di contenere la propagazione epidemiologica, ha introdotto misure fortemente restrittive delle libertà e dei diritti costituzionali dei cittadini e, in generale, ha costantemente invocato un maggior “senso di responsabilità” e di collaborazione per il bene comune.

Ebbene, accanto al tradizionale e sempre attuale tema dei diritti (innegabili) dei migranti, l'emergenza sanitaria del momento e la crisi economica che probabilmente conseguirà sollecitano nuovi interrogativi e nuove prospettive anche in merito agli obblighi e alle responsabilità di cui anch'essi debbono farsi carico, non solo nella contingente impellenza di tutela della salute (propria e della comunità accogliente), ma anche al fine di ricollocare entro un ragionevole perimetro il sempre discusso dovere di integrazione e le conseguenti future misure di gestione e di contenimento dei flussi migratori.

Di questo aspetti e profili problematici si tratterà nel corso dell'esposizione.

2. (segue): *Il quadro giurisprudenziale di riferimento*

Come anticipato, la posizione assunta dalla Sezione parmense del Tribunale amministrativo per l'Emilia Romagna, oltre a confermare precedenti specifici della medesima, si innesta, pur con diverse sfumature e sensibilità, in un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, amministrativo ed ordinario.

Appare pertanto opportuno procedere ad una preliminare disamina delle più recenti pronunce intervenute sulle principali questioni “poste sul tappeto” dai giudici amministrativi parmensi e da cui sarà possibile trarre spunti sul tema – attualissimo e ampiamente discusso – afferente al *dovere di integrarsi* nel contesto sociale, gravante anche sullo straniero lungo soggiornante nel territorio nazionale.

Ebbene, il principale *thema decidendum* della giurisprudenza in esame ruota essenzialmente attorno al giudizio sulla pericolosità sociale del ricorrente.

Come già evidenziato, trattasi di valutazione che costituisce il necessario presupposto per il rilascio del permesso di soggiorno UE e che viene formulata sulla base di accertamenti – definitivi e non definitivi – di responsabilità gravanti sugli stranieri lungo soggiornanti.

Secondo i giudici amministrativi parmensi, detta valutazione non richiede necessariamente l'accertamento di episodi di responsabilità acclarati con sentenze *definitive* di condanna (nel caso di specie si è allegato un singolo episodio), essendo sufficiente accertare la pericolosità sociale dello straniero anche sulla scorta di provvedimenti *non definitivi* (come la misura di prevenzione dell'avviso orale disposta a carico del ricorrente), tali da offrire un serio quadro indiziario in ordine a siffatta pericolosità.

E in effetti sono numerose le pronunce rintracciabili nei repertori di giurisprudenza nelle quali si ribadisce – come nel caso di specie – che la pericolosità sociale possa essere desunta non solo dall'accertamento di precedenti penali, ma *da ogni possibile elemento utile* ad offrire un quadro certo sulla effettiva pericolosità per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, fermo restando che detta valutazione, pur ampiamente discrezionale, debba essere rigorosa e suffragata da ampia motivazione⁹.

Su questa linea si pone da tempo anche la Corte di cassazione, la quale, viepiù di recente, ha ribadito che il giudice di pace, al fine di verificare se lo straniero rientri in una delle categorie di persone pericolose *ope legis* ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. c), d.lgs. 286/1998, non può circoscrivere la propria valutazione ai soli precedenti penali, ma deve compiere un accertamento *oggettivo* (e non meramente soggettivo) degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, estendendo il proprio giudizio all'esame complessivo della personalità dello straniero, da desumersi anche sulla base della sua condotta di vita e delle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, verificando *in concreto* l'attualità della sua pericolosità sociale¹⁰.

Ma anche i giudici di Palazzo Spada da tempo sono orientati nella medesima direzione.

Paradigmatica, fra le numerose, è la decisione assunta pochi mesi or sono in cui si ribadisce che, in sede di rilascio del permesso di soggiorno, la valutazione della pericolosità sociale è in effetti già stata compiuta dal legislatore, sicché, in caso di condanna, *anche in via non definitiva*, dello straniero per uno dei reati c.d. ostativi, ossia comportanti l'arresto obbligatorio (nel caso di specie, rapina a mano armata), il Questore ne sarebbe addirittura esonerato, non competendogli alcun potere di valutazione in merito, eccetto il caso di prova dell'esistenza di vincoli familiari¹¹.

Sul punto, sono altresì numerose le pronunce della giurisprudenza (amministrativa e non) che esonerano il Questore dall'eseguire accertamenti puntuali in presenza di reati ostativi, spingendosi finanche a ritenere irrilevante il giudizio di non pericolosità espresso dal magistrato di sorveglianza.

⁹ Oltre alla giurisprudenza richiamata in Tar Parma, sez. I, n. 142/2019, cfr. Tar Ancona, n. 604/2019, cit.; Tar Trento, sez. I, 1° ottobre 2019, n. 120; Tar Bologna, sez. I, 1° luglio 2019, n. 590; Tar Firenze, sez. II, 9 gennaio 2019, n. 31; 23 marzo 2018, n. 427; 16 ottobre 2017, n. 1219; Tar Perugia, sez. I, 9 ottobre 2019, n. 514; Tar Torino, sez. I, 9 gennaio 2017, n. 32, e 31 agosto 2016, n. 1125; Tar Bologna, sez. I, 27 giugno 2016, n. 625; Tar Milano, sez. IV, 24 luglio 2015, n. 1835; Tar Firenze, sez. II, 16 giugno 2015, n. 918.

¹⁰ Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, 31 luglio 2019, n. 20692.

¹¹ Così, Cons. Stato, sez. II, 1° ottobre 2019, n. 6554. Cfr. in termini: sez. III, 13 settembre 2019, n. 4589; 10 settembre 2019, n. 6125; 19 luglio 2019, n. 5083; 16 luglio 2019, n. 5007; 26 giugno 2019, n. 4416; 8 marzo 2019, n. 1604; sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4708; 26 giugno 2019, n. 4412; sez. VI, 9 marzo 2016, n. 934; sez. III, 4 novembre 2015, n. 5024.

È quanto di recente ha deciso la sezione de L'Aquila del Tribunale amministrativo abruzzese¹². Questa significativa pronuncia, infatti, richiamando l'art. 4, comma 3, d.lgs. 286/1998, ha statuito che le condanne in materia di stupefacenti siano da ritenersi come automaticamente ostative al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in favore dello straniero extracomunitario, qualunque sia la pena detentiva riportata.

Anzi, a causa del grave disvalore attribuito dal legislatore a tali fattispecie di reato, la decisione si spinge sino ad escludere ogni rilevanza alla concessione della sospensione condizionale della pena, dovendo *in primis* assicurare piena tutela al bene primario della sicurezza pubblica: la presenza di una sola di siffatte condanne toglierebbe ogni potere discrezionale all'Amministrazione, che perciò è tenuta a dare immediata applicazione al disposto normativo.

Sotto questo profilo, a nulla rileverebbe neanche il giudizio di *non pericolosità* espresso dal magistrato di sorveglianza, trattandosi di valutazione circoscrivibile ad un ambito prettamente penalistico e, come tale, estraneo alla sfera di valutazione dei presupposti del diniego di rilascio del permesso di soggiorno per pericolosità sociale dello straniero in presenza di condanne penali per detenzione e cessione di sostanze stupefacenti¹³.

A ben vedere, tuttavia, non mancano le pronunce di segno contrario, tendenti a fare comunque salvo il potere di accertamento del Questore, pur in presenza di reati ostativi.

Si è così affermato che, in caso di rinnovo di un permesso di soggiorno di un cittadino extracomunitario reo di reati ostativi, l'esistenza di precedenti condanne penali non costituirebbe, di per sé, motivo automatico di diniego, dovendo l'autorità amministrativa tenere comunque in considerazione anche la durata del soggiorno in Italia, il radicamento sociale e familiare e la situazione economica del soggetto interessato¹⁴. Trattasi di indirizzo rintracciabile anche nella giurisprudenza ordinaria¹⁵.

Ma, al di là delle oscillazioni testé riportate in materia di reati ostativi, in giurisprudenza appare pacifico che la valutazione del Questore, pur ampiamente discrezionale, debba effettuarsi in modo rigoroso e suffragata da ampia motivazione, come d'altronde ribadito dalla sentenza pronunciata dalla Sezione parmense del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo, più volte richiamata.

¹² Il richiamo è a Tar L'Aquila, sez. I, 4 ottobre 2019, n. 475.

¹³ In termini, Cons. Stato, sez. III, n. 5083/2019, cit.; *contra*: sez. II, 18 luglio 2019, n. 5074.

¹⁴ Così, Tar Perugia, sez. I, 9 ottobre 2019, n. 51. Conformemente: Tar Milano, sez. II, 11 luglio 2019, n. 1590; Tar Napoli, sez. VI, 4 luglio 2019, n. 3697; Tar Bologna, sez. I, 4 settembre 2018, n. 687; Tar Trento, sez. I, 2 ottobre 2018, n. 197; Tar Firenze, sez. II, 15 gennaio 2016, n. 57 e sez. II, 16 giugno 2015, n. 918; Tar Milano, n. 1835/2015, cit.

¹⁵ Si veda, ad esempio, Corte appello, Milano, 17 dicembre 2019, n. 5049.

Oltre alle pronunce già citate, si segnala anche il Tribunale amministrativo per la Toscana, il quale qualche anno fa, a proposito del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, ha insistito sulla necessità di procedere, alla luce della normativa vigente, ad una specifica valutazione della pericolosità da effettuarsi *caso per caso*, tenendo conto non solo del titolo di reato per il quale lo straniero è stato condannato, ma di *ogni ulteriore elemento fattuale* (come il numero delle condanne, la risalenza nel tempo del reato, la condotta tenuta dallo straniero dopo la condanna, la fattispecie di reato, aggravata o attenuata, la condizione familiare, l'esistenza di un'attività lavorativa in corso, la durata del soggiorno con conseguente radicamento nel territorio nazionale) al fine di addivenire ad un giudizio di pericolosità sociale ponderato che tenga appunto conto dell'effettiva situazione di ciascun cittadino straniero¹⁶.

Da ultimo è opportuno rammentare che numerose pronunce insistono sulla necessità che le questure, in sede di valutazione delle istanze di rilascio o di rinnovo di un permesso di soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti, procedano ad un rigoroso accertamento di *ulteriori elementi* che concorrono, spesso in misura determinante, nella formulazione del giudizio di pericolosità sociale, sotteso a siffatta valutazione.

Così, accanto a decisioni che si soffermano sulla regolarità della documentazione prodotta¹⁷ e sulla traduzione nella lingua del destinatario del provvedimento di diniego¹⁸, se ne aggiungono altre che pongono l'accento sulla sistemazione abitativa dello straniero, effettiva e non meramente fittizia¹⁹, e altre ancora che circoscrivono i vincoli familiari al solo coniuge e ai figli e non anche ad altri parenti, pur stretti (come i fratelli)²⁰.

E non mancano pronunce che ribadiscono la necessità di estendere anche allo straniero gli istituti di garanzia procedimentale nel corso dell'*iter* amministrativo per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno UE, come la comunicazione di avvio del procedimento²¹ o la comunicazione di preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*, l. 7 agosto 1990 n. 241²².

¹⁶ Così, Tar Firenze, sez. II, 3 febbraio 2015, n. 200. Negli esatti termini, v. Tar Firenze, n. 918/2015. Sempre su questa linea, si vedano, oltre a Cons. Stato, sez. VI, n. 4708/2016, anche Tar Torino, sez. I, 5 settembre 2019, n. 963; Tar Napoli, sez. VI, 5 agosto 2019, n. 4290, e n. 3697/2019, cit.

¹⁷ Sul punto cfr. Tar Firenze, sez. II, 11 ottobre 2019, n. 1348; Id., 9 ottobre 2019, n. 1329; Tar Trento, sez. I, 6 dicembre 2018, n. 272.

¹⁸ Tar Lecce, sez. II, 8 ottobre 2019, n. 1533, e Tar Bologna, sez. I, 3 settembre 2019, n. 690.

¹⁹ Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2019, n. 6992; 5 settembre 2019, n. 4407; Tar Napoli, sez. VI, 21 giugno 2019, n. 3448.

²⁰ Tar Venezia, sez. III, 18 settembre 2019, n. 1003, e Tar Bologna, sez. I, 23 luglio 2019, n. 647.

²¹ Tar Parma, sez. I, 30 settembre 2019, n. 213 (*contra*: Tar Potenza, sez. I, 15 luglio 2019, n. 616).

²² Tar Bologna, sez. I, 22 luglio 2019, n. 632, e Tar Latina, sez. I, 24 settembre 2018, n. 481.

3. La “filosofia di fondo” della giurisprudenza favorevole ad una progressiva responsabilizzazione del migrante accolto: riferimenti all’accordo di integrazione

Come già accennato, l’indirizzo da tempo assunto dalla Sezione parmense del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo ed ampiamente condiviso in giurisprudenza offre lo spunto per sollecitare talune riflessioni di carattere generale sul tema, di grande attualità, afferente al *dovere di integrarsi* nella comunità accogliente, gravante sui beneficiari di un permesso di soggiorno UE per stranieri lungo soggiornanti nel territorio nazionale²³.

La posizione assunta dalla copiosa giurisprudenza sopra richiamata sembra in effetti collocarsi nel solco di quelle punte avanzate della dottrina amministrativistica²⁴, e non solo²⁵, tese ad orientare l’attenzione – senza pregiudizi ideologici – dal (solo) piano dei *diritti* ad (anche) quello dei *doveri* e delle *responsabilità*.

In altri termini, questa ricostruzione tende a coniugare il tema dei *diritti* dei migranti – assolutamente pacifico e viepiù coperto da garanzie costituzionali e da vincoli internazionali ed europei – con la logica del *dovere d’integrarsi* nella comunità accogliente, attribuendo ai migranti un preciso *obbligo di partecipazione attiva al percorso d’integrazione*, per renderli direttamente responsabili del proprio destino²⁶.

²³ Per una ricostruzione, anche in chiave evolutiva, della condizione giuridica dello straniero, cfr., *ex multis*: G. D’Orazio, *Straniero (condizione giuridica dello)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993; B. Nascimbene, *Straniero (condizione giuridica dello)*, *ivi*, e *Postilla*, in *App. di agg.*, 1998; *Id.*, *Straniero nel diritto internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., vol. XV, Torino, 2000, 179 ss.; G. Bascherini, voce *Immigrazione*, in *Enc. giurid. Treccani*, Roma, 2000; P. Morozzo Della Rocca, *Immigrazione e diritto. Diritto e giurisdizione*, Torino, 2005; G. D’Auria, voce *Immigrazione (Dir. amm.)*, in *Diz. diritto pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, vol. IV, 2879 ss.; E. Grosso, voce *Straniero (status dello)*, *ivi*, vol. VI, 5787 ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Immigrato*, in *Digesto civ.* [agg. 2011], Torino, 451 ss.; P. Fantozzi, D. Loprieno (a cura di), *Profili multilivello di diritto dei migranti*, Soveria Mannelli, 2014; M. Mazzamuto, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell’ordinamento multilivello*, in S. D’Acunto, A. De Siano, V. Nuzzo (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, 2017, 217 ss.; G. Romeo, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *Federalismi*, 25 marzo 2019. Sulla gestione amministrativa dei c.d. migranti involontari, si veda M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario – Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016.

²⁴ Così F. Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, in Atti del convegno internazionale «Diritti dell’immigrazione e diritti dei migranti» (Agrigento, 22-23 maggio 2013), a cura di M. Immordino e C. Celone, in *Nuove Autonomie*, Anno XXII, (2-3), 2013, 229 ss.

²⁵ Si pensi, tra gli altri, all’ecclesiasticista C. Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12/2008, nonché *Id.*, *Laicità, diritti umani, cultura relativista*, *ivi*, 11/2009. Su questa linea anche V. Baldini, *Introduzione: Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale “precomprensione” per l’interpretazione dei valori costituzionali*, in *www.dirittofondamentali.it*, (1), 2012, 8 s.

²⁶ Per un sintetico richiamo all’intreccio normativo tra diritto interno, Cedu e diritto Ue, si veda Mazzamuto, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell’ordinamento multilivello*, *cit.*, *passim*.

Trattasi di impostazione non sempre condivisa – soprattutto nella dottrina di stampo sociologico o comunque di matrice metagiuridica²⁷ –, ma che si sta via via diffondendo e che, in effetti, meriterebbe una più attenta e diffusa considerazione.

Sotto il profilo prettamente giuridico la logica della maggiore responsabilizzazione degli stranieri soggiornanti nel territorio nazionale trae ispirazione, in particolare (ma non solo), dall'istituto dell'*accordo di integrazione* e dalla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*, in ordine ai quali è necessario dedicare una sosta di approfondimento.

Cominciando dall'accordo di integrazione²⁸, esso è un istituto innestato poco più di dieci anni or sono, tra molte polemiche, nel tessuto normativo del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. in materia d'immigrazione) e che i migranti – *di regola* – sono tenuti a sottoscrivere al momento del loro ingresso nel territorio nazionale, onde ottenere il rilascio del permesso di soggiorno. Tale adempimento costituisce requisito essenziale per assicurare allo straniero il diritto alla permanenza sul territorio nazionale²⁹.

Più in particolare, l'accordo consiste nell'impegno, assunto formalmente innanzi allo Stato italiano (nella specie, in Questura), ad acquisire determinate

²⁷ Tra i molti, cfr. E. Gargiulo, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, XVI, (1), 2014; Id., *Discorsi che dividono: differenzialismo e attacchi al legame sociale nell'Accordo di integrazione*, in *Rass. it. sociologia*, LIII, (3), luglio-settembre 2012; Id., *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati: le visioni dell'integrazione nei documenti di programmazione del Governo italiano*, in *Polis*, XXVIII, 2 agosto 2014, 221 ss.; M. Russo Spena, V. Carbone (a cura di), *Il dovere di integrarsi – Cittadinanze oltre il logos multiculturalista*, Roma, 2014.

²⁸ Sull'accordo d'integrazione cfr., *ex multis*: N. Zorzella, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?*, in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, 2011, (4), 58 ss.; E. DAL Canto, *Commento all'art. 1, comma 25, in Commentario al «Pacchetto sicurezza». L. 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, D. Manzione, A. Pertici, Torino, 2011, 159 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Entra in vigore l'accordo (stato) di integrazione*, in *Gli stranieri*, (3), 2011, 7 ss.; M.C. Locchi, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero (art. 4-bis t.u. sull'immigrazione n. 286/98) alla luce dell'analisi comparata e della critica al modello europeo di "integrazione forzata"*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012; F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 253 ss.; M. Calabrò, *L'amministrazione di fronte all'immigrato: tra inclusione, esclusione e integrazione*, Relazione al Convegno *Mondi immaginati. Il concetto di resilienza nella biopolitica*, Università degli Studi di Napoli Federico II, settembre 2014; A. Giuffrida, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, in *Dir. e proc. amm.*, 4/2020 (in corso di pubblicazione).

²⁹ L'introduzione dell'accordo di integrazione nell'ordinamento giuridico italiano risale alla l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha innestato nel tessuto normativo del t.u. immigrazione del 1998 un articolo *ad hoc* (l'art. 4-bis). La laconica disciplina è stata integrata con d.P.R. 14 settembre 2011, n. 179, recante i contenuti essenziali dell'accordo, e quindi arricchita da tre allegati e da svariate circolari ministeriali: i primi recano lo schema-tipo dell'accordo d'integrazione, la tabella dei crediti riconoscibili riguardo alla conoscenza della lingua italiana, della cultura civica e della vita civile in Italia e la tabella dei crediti decurtabili; le seconde, che introducono linee di indirizzo e indicazioni operative per una corretta applicazione a livello locale (cfr. la circolare congiunta del Ministro dell'interno e del Ministro per la cooperazione internazionale e l'integrazione n. 21542 del 2 marzo 2012, nonché quattro circolari del Ministero dell'interno n. 1.583 del 5 marzo 2012, n. 176 del 7 marzo 2012, n. 6.831 del 6 novembre 2012 e n. 824 del 10 febbraio 2014).

conoscenze linguistiche e culturali nonché a svolgere attività aggiuntive, in ogni caso sintomatiche della volontà di integrarsi nella società italiana, da accertare attraverso un singolare sistema di crediti, la cui perdita comporta la risoluzione dell'accordo e la revoca del permesso di soggiorno, con conseguente espulsione dal territorio nazionale. Attraverso questa sorta di contratto – *rectius*: di *accordo amministrativo*³⁰ – viene dunque imposto ai migranti uno specifico *dovere d'integrazione*, puntualmente sanzionato, se disatteso³¹.

In sostanza, lo straniero che vanti determinati requisiti – come un adeguato livello di conoscenza della lingua italiana e delle regole fondamentali del nostro ordinamento giuridico e che aderisca alla *Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione* (su cui v. *infra*) – si vede concesso da subito dieci punti di credito. Al momento del rinnovo del permesso di soggiorno egli può allegare nuovi crediti rispetto a quelli iniziali, dichiarando, sotto la propria responsabilità, l'assenza di violazioni di norme civili, penali, amministrative e tributarie, l'avvenuto superamento di un corso organizzato che attesti il raggiungimento di un livello adeguato d'integrazione sociale e culturale ed infine la partecipazione alla vita economica e sociale della comunità nazionale e locale³². È altresì previsto l'eventuale recupero dei crediti perduti, coinvolgendo lo straniero in attività socialmente utili, e, per converso, la revoca del permesso di soggiorno e la conseguente espulsione, nel caso di azzeramento dei punti iniziali³³.

Il regime giuridico dell'accordo di integrazione non è tuttavia applicabile a tutti gli stranieri che facciano ingresso nel nostro territorio. Ne sono infatti esenti coloro che si soffermano per un breve lasso di tempo per motivi di turismo oppure i cittadini europei, per i quali è sufficiente una semplice attestazione anagrafi-

³⁰ Sulla *querelle* intorno alla natura giuridica dell'accordo d'integrazione e alla sua ricostruzione in chiave giuspubblicistica, sia consentito rinviare a Giuffrida, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit., con la dottrina ivi richiamata.

³¹ Il legislatore ha introdotto nel *corpus* normativo del t.u. 1998 un inedito sistema di valutazione a punti del livello di integrazione raggiunto dal cittadino straniero al momento della presentazione della domanda di permesso di soggiorno, prendendo a modello numerose esperienze di Stati europei (Germania, Regno Unito, Francia, Belgio, Paesi Bassi, Svezia, Danimarca, Finlandia, Estonia, Austria, Spagna e Ungheria) ed extraeuropei (Australia e Nuova Zelanda). Trattasi di Paesi che, pur con diverse sfaccettature, adottano veri e propri *contratti di integrazione*, in forza dei quali lo straniero è tenuto ad assumere l'obbligo di conoscere e di rispettare la legge e i valori fondamentali nonché di apprendere la lingua della comunità accogliente: siffatti istituti giuridici sono spesso accomunati dall'intento di agevolare flussi migratori "di qualità" (così, V. Livi Bacci, *Politiche migratorie ieri e oggi*, in *Dir. Lav.*, 4/2009, 512.).

³² Come la partecipazione a tirocini formativi e di orientamento svolti all'estero, propedeutici all'ingresso (art. 23 t.u. 1998), o la sottoscrizione di un contratto di locazione, o l'accensione di un mutuo (All. B, n. 14), o la scelta del medico dell'Asl di zona (All. B, n. 12), o l'assolvimento dell'obbligo scolastico per i minori.

³³ È disposta la decurtazione dei punti in caso di condanna penale non definitiva, o di illecito amministrativo o tributario, o di misure di sicurezza personale, o la mancata partecipazione ai corsi di educazione civica. I crediti inizialmente attribuiti invece aumentano se il migrante raggiunge un significativo livello di conoscenza della lingua italiana e dell'educazione civica, o consegue titoli di studio, o è impegnato nel volontariato, o abbia acquistato un'abitazione.

ca, potendo beneficiare del regime di libera circolazione introdotto dagli Accordi di Schengen, ormai entrati a pieno titolo nell'*acquis* comunitario con la sottoscrizione del trattato di Amsterdam (1997)³⁴.

L'obbligo del permesso di soggiorno e della sottoscrizione dell'Accordo gravano pertanto *solo sui cittadini di Paesi terzi* – ossia non appartenenti all'Unione europea –, che sono i destinatari predestinati alla rigida disciplina di controllo delle frontiere, fissata dalla normativa interna, dagli accordi di Schengen e dalle successive fonti europee di attuazione. La rigidità degli ingressi alle frontiere viene tuttavia temperata a vantaggio di talune categorie di individui per ragioni umanitarie o per alti meriti personali³⁵.

Con l'introduzione dell'accordo d'integrazione il legislatore si proponeva di forgiare uno strumento operativo teso a favorire l'*inclusione* dei migranti nella nostra comunità nazionale.

Al riguardo, va osservato che i possibili modelli teorici di integrazione diffusi in Europa sono sostanzialmente riconducibili a tre principali tipologie: il modello francese c.d. *assimilazionista e culturalista* (*id est*, il cittadino straniero è tenuto ad adeguarsi ai comportamenti, ai valori e alla lingua del Paese di accoglienza in nome dei principi repubblicani universali, come l'eguaglianza di fronte alla legge e la laicità dello Stato), il modello anglosassone c.d. *multiculturale* (di cui esistono diverse varianti, tendente a difendere e a valorizzare le differenze) e infine il modello germanico c.d. *etnico-identitario* (fondato sulla presenza temporanea dell'immigrato)³⁶.

³⁴ Sull'assetto normativo ed amministrativo in materia di sicurezza in ambito europeo, si veda E. Chiti, B.G. Mattarella, *La sicurezza europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (2), 2008, 305 ss. Sul rapporto tra diritto pubblico e amministrativo di origine interna e diritto amministrativo di fonte ultrastatuale, cfr. S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (2), 2006, 325 ss. Sulla necessità di superare il dogma «westphaliano» della inscindibilità tra tutela della sicurezza, controllo delle frontiere e competenza esclusiva dello Stato, cfr. M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (3), 2016, 739 ss., e G. Napolitano, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 717 ss.

³⁵ Sono così esonerati dalla sottoscrizione dell'accordo di integrazione i minori, anche se entrati clandestinamente nel territorio italiano, in quanto titolari di tutti i diritti loro riconosciuti dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989. È parimenti esonerato dalla sottoscrizione dell'accordo chi sia affetto da patologie o disabilità che limitino gravemente l'autosufficienza o causino gravi difficoltà d'apprendimento linguistico e culturale (v. art. 3, comma 8, d.P.R. n. 179/2011). Altrettanto escluse dalla sottoscrizione sono le vittime della tratta di persone, di violenza o di grave sfruttamento (l'accordo è sostituito dal programma di assistenza e d'integrazione sociale *ex art.* 18 t.u. 1998 e 2, comma 9, d.P.R. n. 179/2011). Rientra tra le deroghe *per alti meriti personali* quella disposta in favore dei ricercatori e lavoratori altamente qualificati, il cui ingresso è fortemente agevolato. L'agevolazione è contemplata anche a livello europeo, *ex direttiva* 2009/50/CE, che prevede un meccanismo accelerato di ammissione al territorio europeo (c.d. «*carta blu*»).

³⁶ Il fenomeno dell'immigrazione e del correlato processo di integrazione dello straniero formano oggetto di un ampio ventaglio di studi, sotto il profilo antropologico e sociologico e a livello giuridico e politico. Sui concetti di *inclusione*, *integrazione*, *intercultura*, *multiculturalismo*, ecc., cfr. E. Colombo, *Le società multiculturali*, Roma, 2002; C. Taylor, *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, C. Taylor (a cura di), *Multiculturalismo*, Milano, 2003, 52 ss.; A. Ferrara, voce *Multiculturalismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 2004, 599 ss.; W. Kimlicka, *La cittadinanza multicultu-*

Tali modelli appaiono ancor oggi piuttosto consolidati, sebbene taluni dei tradizionali punti di riferimento siano messi in discussione dai più recenti sviluppi legislativi.

In Italia tende a prevalere un modello ibrido, definito *interculturale*, sperimentato vieppiù in ambito educativo e scolastico, il quale si sovrappone a norme di chiara matrice assimilazionista, come nel caso del c.d. «Pacchetto Sicurezza» del 2009 e dei c.d. decreti Salvini (*Sicurezza e Immigrazione*) del 2018³⁷.

Sennonché, l'istituto dell'accordo di integrazione, sin dal suo esordio, ha suscitato una pleora di polemiche e critiche, finanche sotto il profilo della sua legittimità costituzionale³⁸, e appariva discutibile la sua stessa efficacia quale strumento di gestione (e di contenimento) del fenomeno migratorio, atteso che il nostro Paese, ormai da anni, era (ed è) divenuto sempre più multietnico e globalizzato, al pari degli altri Stati del mondo occidentale³⁹.

In particolare, uno degli aspetti più discussi della disciplina sull'accordo d'integrazione attiene alla circostanza che esso, ribaltando l'impianto generale del t.u. immigrazione del 1998, abbia imposto ai migranti, come accennato, un preciso *obbligo di partecipazione attiva al percorso di integrazione*, rendendoli direttamente responsabili del proprio destino.

L'obiettivo del c.d. permesso a punti consiste nel promuovere il conseguimento dell'*integrazione* dello straniero attraverso una più responsabile convivenza tra cittadini italiani e stranieri, nel rispetto dei valori sanciti dalla Carta costituzionale e con il *reciproco impegno* a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società.

Il processo di integrazione costituisce dunque il frutto di un mutuo impegno delle parti coinvolte in detto percorso: non solo chi accoglie deve farsi carico di sostenere l'onere dell'accoglienza, in virtù del dovere di solidarietà sancito

rale, Bologna, 1999. Per un'introduzione al concetto giuridico di "integrazione", cfr. F. Merusi, *L'integrazione fra legalità comunitaria e legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 50 ss.

³⁷ Cfr., in particolare, il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132. Sulla «tensione tra una sensibilità costituzionale europea incline al cosmopolitismo e una crescente riscoperta della comunità politica nazionale definita su base identitaria», che evidenzia «la duplice natura collettiva e individuale del fenomeno migratorio», si veda Romeo, *Diritti fondamentali e immigrazione*, cit.

³⁸ Sui delicati profili di legittimità costituzionale dell'accordo di integrazione, sia nuovamente consentito rinviare, da ultimo, a Giuffrida, *L'accordo di integrazione ex art. 4-bis, t.u. immigrazione: luci ed ombre a dieci anni dall'entrata in vigore*, cit., con l'ampia dottrina ivi richiamata.

³⁹ Sul passaggio del nostro Paese da terra di emigrazione a terra di immigrazione, cfr. C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 1998, 73 ss.; O. Casacchia, S. Strozza, *Le migrazioni interne e internazionali in Italia dall'Unità ad oggi: un quadro complessivo*, in L. Di Comite e A. Paterno (a cura di), *Quelli di fuori. Dall'emigrazione all'immigrazione: il caso italiano*, Milano, 2002, 50 ss.; G. D'Auria, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in *Tratt. di dir. amm.*, a cura di S. Cassese, II ed., *Dir. amm. spec.*, Milano, 2003, II, 1063 ss. Per un'analisi sociologica, cfr. C. Bonifazi, *Crescita e stabilizzazione dell'immigrazione straniera in Italia dalla caduta del Muro all'allargamento dell'Unione*, in G. Ponzini (a cura di), *Rapporto sullo Stato sociale in Italia*, Roma, 2010; Aa.Vv., *La nuova immigrazione italiana*, in *Riv. politiche sociali*, 2019, fasc. 2, 7 ss.

nell'art. 3 Cost., ma anche chi sia beneficiario (ossia il migrante che entra nel territorio italiano) deve in qualche misura contraccambiare il beneficiario (ossia chi lo accoglie) e ciò in forza di una sorta di «principio di reciprocità»⁴⁰.

Si avrà modo di ritornare *funditus* sul punto in sede di conclusioni. Per ora è sufficiente chiarire che, attraverso tale adempimento, lo Stato italiano offre allo straniero l'opportunità di acquisire gli elementi essenziali di conoscenza della cultura e della lingua italiana, nella consapevolezza che il loro apprendimento costituisca non solo un passaggio obbligato per facilitare il processo d'integrazione nella comunità di accoglienza, *ma anche un indicatore del successo del percorso migratorio e della capacità dei migranti di inserirsi professionalmente e socialmente nella comunità italiana*⁴¹. Quanto richiesto allo straniero rappresenta non solo un'opportunità, quanto un vero e proprio impegno da assumere con *piena responsabilità e consapevolezza*, sì da essere sanzionato nel caso che gli obiettivi *minimi* d'integrazione richiesti non siano raggiunti.

L'impianto complessivo di questo *iter* procedimentale è stato tuttavia, sin da subito, severamente censurato dalla dottrina di gran lunga maggioritaria⁴².

⁴⁰ Per una trattazione sul principio di responsabilità cfr. il celebre volume di H. Jonas, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1979, nel quale si evidenzia, fra l'altro, il carico di responsabilità che investe le generazioni presenti verso le generazioni future e dunque il sostanziale antagonismo che sovente contrappone il mondo di oggi al mondo di domani, atteso che il problema della responsabilità coinvolge non solo la sopravvivenza, ma la stessa dignità dell'esistenza umana. Trattasi di conclusioni traslabili nella complessa tematica afferente alla gestione dei fenomeni migratori: si veda, significativamente, lo spunto offerto da Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 229 ss., per il quale «i temi dell'integrazione hanno a che fare con l'assetto futuro delle nostre società, nel senso che la fisionomia delle generazioni successive alla nostra dipende anche dalla nostra capacità di gestire oggi i processi di integrazione». Sulla responsabilità intergenerazionale, cfr. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008. Il punto porta a sfiorare il tema, vastissimo, della rilevanza della morale e dell'etica e, in generale, della giustizia del «prodotto» giuridico. Oltre all'ormai classico studio sociologico di J. Habermas, *Morale Diritto Politica*, Torino, 1992, cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002; M. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. Baldassarre, *Miseria del positivismo giuridico*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, 201 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; Id., *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, in *Dir. pubblico*, (3), 2006, 685ss.

⁴¹ Sul test di conoscenza della lingua italiana, cfr. l'art. 9, comma 2-*bis*, t.u. 1998, introdotto dalla l. n. 94/2009; il d.m. 4 giugno 2010 del Ministro dell'interno di concerto col Ministro del MIUR; la circolare 16 novembre 2010, n. 7589, della Direzione centrale per le politiche dell'immigrazione e dell'asilo. Sugli indirizzi europei in materia di formazione linguistica degli immigrati adulti, cfr. Locchi, *L'accordo di integrazione tra lo Stato e lo straniero*, cit., 4 ss. Per una critica ai test linguistici e culturali quali strumenti per attestare l'esistenza di un legame profondo tra individuo e Stato, come condizione necessaria per l'acquisto della cittadinanza, si veda Romeo, *Diritti fondamentali e immigrazione*, cit., e, per un approfondimento, ancora G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2011.

⁴² Per i necessari richiami di riferimento, v. *infra*.

Da un canto, si è messa in discussione la stessa nozione di *integrazione* contemplata nell'art. 4-bis, t.u. 1998, definizione che peraltro assume una specifica valenza giuridica⁴³.

Per altro verso, nonostante il richiamo alla Costituzione, si ritiene generalmente inaccettabile l'imposizione di un processo d'integrazione che preveda la sottoscrizione autoritativa di un accordo amministrativo quale condizione necessaria per il rilascio del permesso di soggiorno e un sistema articolato di crediti e debiti per la valutazione dell'effettivo conseguimento di specifici obiettivi di integrazione, il cui esito negativo, com'è noto, può sfociare nella perdita del permesso di soggiorno e nell'espulsione dal territorio nazionale⁴⁴.

Secondo questa ricostruzione, la conoscenza della lingua italiana e la frequenza di corsi di formazione civica costituirebbero non tanto prestazioni ascrivibili all'esercizio dei diritti sociali all'istruzione e alla formazione dello straniero, quanto piuttosto l'adempimento di uno specifico *dovere d'integrazione*, volto principalmente all'ottenimento di un programmato numero di crediti che lo straniero deve conseguire per scongiurare l'espulsione dal territorio nazionale⁴⁵.

Si è poi scritto che l'indirizzo politico sotteso all'introduzione dell'accordo di integrazione, nel tramutare i diritti sociali – o almeno taluni di essi – in obblighi a carico dello straniero, finirebbe per mettere in secondo piano le inevitabili difficoltà che accompagnano ogni processo d'integrazione⁴⁶. Secondo taluno, si tratterebbe addirittura di «una sorta di espulsione “a punti” conseguente alla per-

⁴³ Così, tra i molti, Miele, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466, nonché Zorzella, *L'accordo di integrazione: ultimo colpo di coda di un governo cattivo?*, cit., 64, la quale ultima contesta l'uso difforme del termine “integrazione”, da parte del legislatore, rispetto al suo significato etimologico (quale *incontro tra più elementi*) e sociologico (quale *incontro tra culture diverse*), in base all'assunto che l'art. 4-bis, t.u. 1998, sembra legare il concetto d'integrazione ad un percorso di conoscenza che esclude *a priori* l'adesione effettiva a tale processo da parte di chi intenda integrarsi.

⁴⁴ Contestano con vigore tale intento del legislatore, *ex multis*: Zorzella, *ult. cit.*, 64; Biondi Dal Monte-Vrenna, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, cit., 253 ss.; Gargiulo, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, 43 ss. e *passim.*; Calabrò, *L'amministrazione di fronte all'immigrato: tra inclusione, esclusione e integrazione*, cit. Secondo questa chiave di lettura, l'istituto in esame recherebbe un'evidente antinomia tra il concetto d'integrazione (per sua natura fondato su base *volontaria*) e la determinazione autoritativa del suo percorso, che in sostanza rappresenta la negazione del primo (il concetto di *coazione*, secondo quest'opinione, sarebbe necessariamente antitetico alla nozione d'integrazione). Si ritiene inaccettabile l'intento del legislatore di configurare il processo d'integrazione non tanto come il progressivo e *volontario* radicamento sul territorio di accoglienza, ma piuttosto (o soltanto) come l'*adempimento di un vero e proprio obbligo giuridico* a carico dello straniero sottoscrittore dell'accordo, obbligo vieppiù pesantemente sanzionato in caso di trasgressione.

⁴⁵ Così, fra gli altri, ancora Biondi Dal Monte-Vrenna, *ult. cit.*, 254.

⁴⁶ Sul punto, B. Pezzini, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 211 ss., nonché M. D'Alberti, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (3), 2016, 761 ss.

dita dei crediti dell'accordo di integrazione che lo straniero è ora obbligato a stipulare con lo Stato»⁴⁷.

Il che sembrerebbe significare – almeno di primo acchito – che l'intento politico sia stato a suo tempo solo quello di “scaricare” unicamente sulle spalle dello straniero – soggetto normalmente debole e bisognoso di soccorso – la fatica e gli oneri del processo d'integrazione, anche perché il legislatore prevede espressamente che tale processo si realizzi solo «con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 4-*bis*, comma 3, t.u. 1998), e dunque “a costo zero” (o quasi)⁴⁸.

Si è infine sottoposta a critica la stessa scelta di collocare l'art. 4-*bis* t.u. 1998 nel Titolo II («Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato») anziché nel Titolo V («Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale»), in base all'assunto che siffatta “ubicazione” della norma nel *corpus* del testo unico lascerebbe trasparire la finalità di un'ineludibile integrazione dell'immigrato, quale requisito essenziale per garantirgli la permanenza nel territorio italiano⁴⁹.

Ciò segnerebbe un profondo mutamento di prospettiva rispetto alla versione originaria del t.u. del 1998, giacché allora il legislatore affidava unicamente allo Stato (e alle regioni e agli enti locali) il compito di promuovere iniziative tese a favorire i percorsi di integrazione dei cittadini stranieri, mentre ora l'art. 4-*bis* prescrive espressamente una *partecipazione attiva* del migrante al proprio percorso di integrazione e a *responsabilizzarsi* in tal senso.

Si tratta di riflessioni critiche, talvolta molto serie, in particolare laddove paevantano profili di legittimità costituzionale della disciplina *de qua*. Si ritornerà sul punto in sede di conclusioni. Per ora appare necessario, come accennato, dedicare un'altra sosta di approfondimento sulla Carta dei valori della cittadinan-

⁴⁷ Pezzini, *ibidem*. Conformemente, A. Pugliotto, «Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (*assente o carente*) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in Aa.Vv., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 390, che intravede nell'accordo d'integrazione la logica del «purché se ne vadano», da correggersi in «purché non arrivino» (così, Dal Canto, *Commento all'art. 1, comma 25*, cit., 170). Su questa linea si pone anche Mazzamuto, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell'ordinamento multilivello*, cit., per il quale «l'integrazione (doverosa) è spesso predicata al fine di evitare la segregazione degli immigrati, dunque *prima facie* in favore di questi ultimi, ma, se si considera quanto possa essere sottile il confine con la prevaricazione della libera volontà dell'immigrato di mantenere la propria identità originaria, ci si accorge come dietro tutto questo possa celarsi un sovraordinato interesse a garantire non tanto l'immigrato quanto la coesione della comunità dello Stato di accoglienza».

⁴⁸ Per un'incisiva descrizione della posizione di difficoltà e debolezza dei migranti, soprattutto nell'immediatezza dell'approdo nella comunità accogliente, cfr. Calabrò, *L'amministrazione di fronte all'immigrato: tra inclusione, esclusione e integrazione*, cit., 5 ss.

⁴⁹ Così, Miele, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466, e Morozzo della Rocca, *Entra in vigore l'accordo (stonato) di integrazione*, cit., 7 s.

za e dell'integrazione, al fine di completare il quadro normativo di riferimento sotteso alla copiosa giurisprudenza amministrativa sopra segnalata⁵⁰.

4. (segue): *Riferimenti alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione*

Come già chiarito, la sottoscrizione dell'accordo d'integrazione impone espressamente al migrante che intende risiedere stabilmente in Italia una *partecipazione attiva* al proprio percorso di integrazione ed una ben definita *responsabilizzazione* in tal senso.

Si è altresì anticipato che è stato proprio con l'approvazione della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, sottoscritta durante il Governo Prodi II con decreto del Ministro dell'interno il 23 aprile 2007 (dunque antecedentemente all'introduzione dell'accordo d'integrazione)⁵¹ che, per la prima volta, si è fissato il principio di coinvolgere direttamente lo straniero nel processo d'integrazione, quale attore consapevole e responsabile, capovolgendo così l'originaria impostazione del t.u. del 1998⁵².

La Carta è il frutto dell'elaborazione di un Comitato scientifico, composto di cinque esperti nominati dal Ministro con d.m. 13 ottobre 2006, previa consultazione delle principali comunità di immigrati e associazioni religiose, con cui si è inteso realizzare un nuovo strumento di politica migratoria e di risoluzione del complesso fenomeno dell'integrazione.

Conformemente al decreto istitutivo, il Comitato scientifico era tenuto a svolgere i propri lavori «mediante incontri consultivi con componenti della Consulta per l'Islam italiano, esponenti delle associazioni ed organizzazioni operanti nell'ambito delle diverse confessioni religiose e nel mondo delle comunità di immigrati nonché, in ragione di specifiche esigenze conoscitive, con rappresentanze di Istituzioni pubbliche e private interessate e con esperti». Il Comitato ha così consultato numerose rappresentanze delle comunità religiose ed etni-

⁵⁰ Sul punto si rimanda *in toto* ai §§ 1 e 2.

⁵¹ Il decreto del Ministro dell'interno 23 aprile 2007, recante la Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, è pubblicato sulla G.U. 15 giugno 2007, n. 137.

⁵² Per una disamina della Carta dei valori cfr. S. Ferrari, *La Carta dei valori, della cittadinanza e dell'integrazione*, in Fondazione ISMU, *Iniziativa e studi sulla multiethnicità, Tredicesimo Rapporto sulle migrazioni*, Milano 2007; A. Bordi, *La Costituzione italiana informa i principi della Carta dei Valori*, in *Amministrazione civile*, agosto-settembre 2007, 32 ss.; N. Colaiani, *Una «Carta» post-costituzionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 4/2007; C. Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, *ivi*, 12/2008; Gargiulo, *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati: le visioni dell'integrazione nei documenti di programmazione del Governo italiano*, *cit.*, 244 ss.

che, unitamente a delegazioni di sindacati e di associazioni impegnate nel mondo dell'immigrazione e delle istituzioni.

Traendo spunto dai principi e dai valori espressi dalla Costituzione italiana e da svariate Carte europee e internazionali di tutela dei diritti umani, la Carta dei valori enuclea, secondo le sue stesse parole, «i principi ispiratori dell'ordinamento e della società italiana nell'accoglienza e regolazione del fenomeno migratorio in un quadro di pluralismo culturale e religioso» attraverso un articolato distribuito in sette sezioni che richiamano svariati valori e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, come la dignità della persona e i diritti inviolabili (artt. 1-5), i diritti sociali (artt. 6-10), i diritti della famiglia (artt. 16-19), la laicità e la libertà religiosa (artt. 20-26) e gli impegni internazionali dell'Italia contro la guerra e il terrorismo (artt. 27-29).

Tuttavia, come riportato nella Relazione di accompagnamento alla Carta dei valori, durante i lavori preparatori non mancarono le voci scettiche sulla necessità di elaborare tale documento.

Le perplessità furono principalmente sollevate dai rappresentanti di talune associazioni islamiche e organizzazioni italiane (confessionali e non) in base all'assunto che già la Costituzione italiana e le Carte fondative dell'Unione Europea contemplano l'enunciazione di principi e valori, rendendo così superflua una loro rielaborazione in altro documento⁵³.

Pur venendo meno gran parte di queste perplessità, si è però preso atto della contrarietà espressa dall'Unione delle comunità e organizzazioni islamiche in Italia (UCOII) su taluni contenuti della Carta dei valori (quali i richiami al principio di eguaglianza tra uomo e donna, alla poligamia, al *burqa*), tant'è che l'organizzazione ha infine deciso di non aderirvi.

Ad ogni modo, sotto un profilo strettamente giuridico, è necessario precisare che la Carta – di cui esistono traduzioni ufficiali in lingua inglese, francese, spagnola, araba, cinese, russa, romena e tedesca – all'epoca della sua introduzione (2007) era priva di qualsiasi forza normativa, rivestendo soltanto «valore di direttiva generale per l'Amministrazione dell'interno»⁵⁴.

⁵³ In verità, la necessità di formulare una Carta dei valori ha cominciato ad emergere soprattutto quando furono sempre più evidenti le tensioni tra gli esponenti del c.d. Islam moderato ed autorevoli rappresentanti di un Islam più fondamentalista. L'occasione all'origine dell'iniziativa del Ministro dell'interno di redigere una Carta dei valori si presentò nell'agosto del 2006, allorché l'Unione delle comunità e organizzazioni islamiche in Italia (UCOII) pubblicò su alcuni quotidiani un manifesto nel quale si assimilava Israele al nazismo, arrivando persino a negare l'unicità della Shoà. Furono così inevitabili le reazioni risentite nell'opinione pubblica italiana e da parte dello stesso Ministro dell'interno, che giudicò tale documento come «potenzialmente produttivo di ostilità e di intolleranza nei confronti della comunità ebraica» (Cardia, *Carta dei valori e multiculturalità alla prova della Costituzione*, cit., 2, nt. 4). Sull'episodio, si rinvia a *Ucoii, inserzioni sui giornali contro Israele. Amato convoca la consulta islamica*, in *la Repubblica.it*, 21 agosto 2006.

⁵⁴ Così si esprime più volte il sito ufficiale del Ministero dell'interno. Nel decreto ministeriale di adozione della Carta si prevede inoltre che «Il Ministero dell'interno, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, si ispira

Nonostante tale limite applicativo, il documento ha acceso un animato dibattito, suscitando opinioni spesso contrapposte, soprattutto in merito alla valenza da attribuire al concetto di *integrazione*.

Forti discussioni e polemiche ha suscitato, in particolare, il richiamo alle c.d. radici giudaico-cristiane (v. Preambolo della Carta). Se, per un verso – si è sostenuto – la Carta proclama che la dimensione culturale e valoriale della civiltà greco-romana e delle tradizioni ebraica e cristiana ha favorito nel corso della Storia europea lo sviluppo della modernità e dei principi di libertà e di giustizia, per altro verso, siffatto richiamo costituirebbe il segnale di una svolta culturalista delle politiche di integrazione italiane e pertanto uno degli elementi più critici del documento, tanto da intravedere una sorta di attentato alla stessa laicità dello Stato italiano⁵⁵.

Ma, a prescindere da tali letture, non di rado indotte da pregiudizi ideologici e/o politici, e nonostante gli scarsi effetti concreti prodotti dalla Carta, non se ne può sottacere la rilevanza dal punto di vista ricostruttivo, specialmente laddove introduce un nuovo modello d'integrazione teso a fondare le relazioni sociali tra cittadini italiani e nuovi arrivati come essenzialmente gravitanti attorno alla *cultura* e ai *valori* autoctoni sopra richiamati, fra cui spiccano la dignità della persona, i principi di libertà e di eguaglianza (e l'eguaglianza tra uomo e donna), la solidarietà, la libertà religiosa e, in generale, la laicità dello Stato italiano⁵⁶.

Ebbene, in questo contesto l'accordo d'integrazione costituisce un ulteriore salto in avanti, finanche rispetto agli obiettivi prefigurati dai sottoscrittori della Carta: quest'ultima, infatti, pur beneficiando del diffuso sostegno dei rappresentanti di diverse religioni quanto ai principi e ai valori ivi enunciati (ritenuti preesistenti nella nostra comunità e, pertanto, riconosciuti dalla Costituzione italiana), al momento della sua formulazione era concepita non già come documento vincolante per i migranti, ma quale mera linea di indirizzo rivolta al Ministero dell'interno per accompagnare il cittadino straniero – che *spontaneamente* lo desiderasse – nell'*iter* di acquisto della cittadinanza italiana⁵⁷.

L'accordo d'integrazione si spinge ben oltre, giacché attribuisce alla Carta dei valori un *vero e proprio carattere cogente*. E in effetti, nel subordinare la regolarità del soggiorno alla contestuale sottoscrizione della Carta e all'accettazione di un percorso di conoscenza degli elementi fondanti la vita civile in Italia, l'accor-

alla Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione» (art. 1, comma 1) e «orienta le relazioni con le comunità degli immigrati e religiose al comune rispetto dei principi della Carta dei valori, nella prospettiva dell'integrazione e della coesione sociale» (art. 1, comma 2).

⁵⁵ Così, E. Gargiulo, *Integrazione o esclusione? I meccanismi di selezione dei non cittadini tra livello statale e livello locale*, in *Dir., immigr. e cittadinanza*, 41 ss., spec. 44, nt. 6.

⁵⁶ Per una valutazione in positivo della Carta, oltre a Cardia, *loc. cit.*, si veda Baldini, *Introduzione: Diritto, pluralismo culturale, Costituzione. La prospettiva storico-filosofica quale "precomprensione" per l'interpretazione dei valori costituzionali*, cit.

⁵⁷ Cfr. Miele, *L'accordo di integrazione Stato/immigrati*, cit., 466 s.

do finisce per imporre allo straniero la condivisione del nostro sistema valoriale *minimo*, e ciò tanto se egli sia intenzionato all'acquisto della cittadinanza, quanto se sia semplicemente interessato a soggiornare (anche solo temporaneamente) nel territorio dello Stato⁵⁸.

La disciplina dell'accordo d'integrazione manifesterebbe dunque una svolta "culturalista" nella politica migratoria del nostro Paese, confermando l'adesione alla c.d. «*civic integration*»⁵⁹, ossia ad una visione dell'integrazione – da tempo in auge in svariati Paesi europei ed extraeuropei – secondo la quale il superamento di corsi di lingua e/o di orientamento civico deve costituire una condizione necessaria per l'ottenimento del permesso di soggiorno e per l'accesso ad alcune prestazioni sociali, convertendo il processo d'integrazione in un vero e proprio *obbligo* a carico del migrante.

Ed è proprio questa finalità sottesa all'accordo d'integrazione e che costituisce l'ostacolo principale ad un più diffuso accoglimento della disciplina *de qua*, di cui si percepisce soltanto l'eco della «questione sicurezza», quale obiettivo/manifesto delle novelle legislative dell'ultimo Governo di centro-destra⁶⁰ nonché la scelta di convalidare il percorso d'integrazione entro fasi rigide e predeterminate.

Nonostante tali premesse, il modello di processo d'integrazione che scaturisce dalla Carta dei valori non approda, come si potrebbe pensare, ad una prospettiva *interculturale* – in sé fortemente critica nei confronti tanto della logica assimilazionista pura alla francese, quanto del multiculturalismo di stampo anglosassone⁶¹ –, ma rimane ancorata ad una logica, al contempo, assimilazionista e culturalista; e ciò costituisce la critica che più frequentemente le viene rivolta⁶².

Riservando in sede di conclusioni talune valutazioni sui contenuti della Carta dei valori, per ora è sufficiente ribadire – al di là delle forti opposizioni che essa ha suscitato, sovente in ambito non squisitamente giuridico⁶³ – che, a giudizio di chi scrive, il punto di forza della Carta si ritrova proprio nella tanto contesta-

⁵⁸ Per una disamina di questo passaggio evolutivo del legislatore, cfr. Loprieno, *L'evoluzione normativa della condizione giuridica dello straniero in Italia*, cit.

⁵⁹ Sulla c.d. *civic integration*, si veda Gargiulo, *Dall'inclusione programmata alla selezione degli immigrati: le visioni dell'integrazione nei documenti di programmazione del Governo italiano*, cit., 225 ss.

⁶⁰ Così, Biondi Dal Monte-Vrenna, *L'accordo di integrazione ovvero l'integrazione per legge*, cit., 255.

⁶¹ Secondo Consorti, *Pluralismo religioso: reazione giuridica multiculturalista e proposta interculturale*, cit., 6 s. e 15 ss., l'approccio multiculturalista considera le culture «come fenomeni semplici, consolidati in insiemi stabili» e propende verso «una coesistenza tra gruppi che immagina il passaggio dall'uno all'altro come un'eccezione». Il modello giuridico interculturale «guarda al meticcio – alla contaminazione culturale – come una realtà accettabile e non come uno scandalo senza riparo». Sull'interculturalismo, cfr. M. Ricca, *Oltre Babele – Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008; C. Cardia, *Immigrazione e multiculturalità*, in *Iustitia*, 2011, 27 ss.; P. Consorti, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, 2013.

⁶² La dottrina contraria alla Carta dei valori è infatti ancorata su posizioni fortemente interculturaliste: così, *ex multis*, i surrichiamati contributi di Calabrò, Consorti e Gargiulo.

⁶³ Sul punto, Gargiulo, *Discorsi che dividono: differenzialismo e attacchi al legame sociale nell'accordo di integrazione*, cit., 518.

ta “filosofia di fondo” di introdurre nel processo di integrazione profili di maggior responsabilizzazione (anche) a carico dell’immigrato, anche accentuando il nucleo forte del nostro sistema valoriale.

5. *Il rinnovo del permesso di soggiorno UE quale “premio” per l’integrazione dello straniero nella prospettiva di una solidarietà biunivoca*

I. La letteratura non giuridica definisce efficacemente la crisi esistenziale che si accompagna ai processi migratori come il «*dramma della doppia assenza*»⁶⁴, espressione efficacemente coniata per mettere in evidenza la complessa situazione in cui spesso si trova a vivere l’emigrato-immigrato: da un lato, perché è considerato dalla comunità d’origine come una sorta di “traditore” per averla abbandonata; dall’altro, perché è ben difficile che riesca ad integrarsi completamente nel Paese di destinazione. La sua è dunque una posizione ambigua: non del tutto assente dov’è assente e non pienamente presente dov’è presente. E il suo essere “senza luogo” o “fuori luogo” lo priva, più di altri, del «diritto di avere diritti»⁶⁵, essendo «più esposto a ingiustizie, discriminazioni e, in ultima analisi, a lasciarsi attrarre da isolamento e illegalità»⁶⁶. La posizione di doppia assenza può quindi ripercuotersi negativamente non solo sui migranti, ma anche sulla stessa comunità che li accoglie.

Nelle contemporanee società multietniche viene perciò sempre più avvertita la necessità di ricercare una soluzione all’annosa questione dell’integrazione degli stranieri, tesa alla ricerca di un modo che assicuri un’accoglienza dignitosa e, al contempo, un’efficace integrazione. Ciò non solo per indubbie ragioni di solidarietà (imposte *in primis* dall’art. 2 Cost., interamente dedicato all’*uomo* in quanto tale e dunque anche allo straniero), ma vieppiù sulla scorta di valutazioni squisitamente utilitaristiche giacché una piena integrazione delle comunità immigrate assicurerebbe una significativa riduzione delle situazioni di marginalità sociale che sovente accompagnano l’esistenza dei “nuovi arrivati”⁶⁷.

Ebbene, l’accordo d’integrazione, pur con tutti i suoi limiti, offre una definizione giuridica (peraltro la prima in tal senso) di integrazione e una impostazio-

⁶⁴ Cfr. A. Sayab, *La doppia assenza. Dalle illusioni dell’emigrato alle sofferenze dell’immigrato*, Milano, 2002.

⁶⁵ L’espressione «diritto ad avere diritti», risalente a H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1999, 404 (*The Origins of Totalitarianism*, Schcken Books, 1951), è stata successivamente ripresa da S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2013.

⁶⁶ Così, D. Fiumicelli, *Spunti di riflessione in tema di cittadinanza: l’azione di integrazione degli stranieri extracomunitari tra profili comparatistici, progetti in discussione e best practices*, in *Costituzionalismo.it*, (3), 2013.

⁶⁷ Cfr. L. Manconi, V. Brinis, *Accogliamoli tutti. Una ragionevole proposta per salvare l’Italia, gli italiani e gli immigrati*, Milano, 2013.

ne di fondo che – ad avviso di chi scrive – contengono entrambi elementi di interesse perché contribuiscono, in qualche misura, ad arricchire il dibattito attorno all'individuazione dei presupposti necessari per *includere e integrare* un soggetto in una comunità a lui estranea.

Premesso che è compito di ogni ordinamento (di cui la comunità includente è espressione) individuare siffatti presupposti a livello generale, è in effetti possibile – e, a ben vedere, anche ragionevole – che il legislatore imponga al migrante, che intende integrarsi nella società di approdo, la sopportazione di sacrifici di natura economica e la compressione di valori in cui crede, qualora, come talvolta accade, accoglienti e accolti siano portatori di differenti orientamenti religiosi, morali e filosofici.

Nelle complesse dinamiche sociali che vedono contrapposti i nuovi arrivati ai cittadini autoctoni è infatti difficile sottrarsi dall'applicazione di una sorta di principio di "reciprocità" in virtù del quale chi è beneficiato (chi entra) debba in qualche misura contraccambiare il beneficiante (chi accoglie), riconoscendosi beneficiato.

Per inciso, l'espressione «principio di reciprocità» viene qui utilizzata in senso filosofico e antropologico e richiama la c.d. *etica della reciprocità*, in base alla quale nei rapporti intersoggettivi deve sussistere una "giusta" complementarità sicché il diritto di ciascuno necessariamente coesiste con il dovere dell'altro.

A tale etica si ispirano le c.d. *regole d'oro*, ben presenti nella filosofia dell'antica Grecia e nelle principali religioni (ebraismo, cristianesimo, buddismo, confucianesimo e islam) e che si esprimono in aforismi del tipo: «Fai agli altri quello che vorresti che fosse fatto a te» e «Non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te» (precetto quest'ultimo meno esigente del primo e perciò definito anche "regola d'argento").

La reciprocità – felice sintesi tra libertà e uguaglianza – costituisce il fondamento per ogni convivenza pacifica e per l'affermazione del senso di giustizia e dignità della persona; non a caso, su di essa affonda le proprie radici la moderna ricostruzione dogmatica dei diritti umani.

Nel tentativo di impostare un corretto dialogo interreligioso – quanto mai necessario nei processi di integrazione –, si è plasmata una sorta di «etica mondiale», consistente in un sistema di precetti, tratti dalle principali confessioni religiose, che si riconnettono ad esigenze fondamentali, come la tutela dei diritti umani, la solidarietà, la cultura della tolleranza, la realizzazione di un giusto ordine economico, la lotta alla fame nel mondo, la libertà dell'uomo dall'oppressione, la ricerca della pace e lo sviluppo sostenibile. Significativa al riguardo è la Dichiarazione per un'etica mondiale (Chicago, 28 agosto-4 settembre 1993), approvata con ampia partecipazione di delegati di svariate confessioni religiose e che costi-

tuisce il corrispettivo etico della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁶⁸.

Fra l'altro, l'esigenza di "contraccambiare" la società accogliente emerge poi in tutto il suo vigore allorquando è necessario affrontare il tema gravoso della ripartizione dei costi del processo di inclusione/integrazione, ad oggi in massima parte sbilanciato a sfavore di chi accolga e a vantaggio di chi sia accolto⁶⁹.

E allora, se, com'è vero, il complesso processo di integrazione impone di necessità sacrifici e costi (economici, sociali e valoriali), appare vieppiù ragionevole domandarsi se sia proprio ineludibile, dal punto di vista squisitamente giuridico, che gli stessi debbano essere sopportati (esclusivamente o in misura preponderante) da una sola delle parti coinvolte nel processo. O se, al contrario, non sussistano margini affinché *entrambe le parti* si accollino l'onere di un tale percorso, chiedendo così anche al migrante di concorrere – in una qualche misura e con le più svariate modalità – a sostenerne il carico economico e a rendersi disponibile a sacrificare parte della propria sfera valoriale, qualora entri in conflitto con quella propria della società accogliente.

Il tema (vastissimo) della compatibilità dei valori della società accogliente e di chi sia accolto è peraltro ricco di ulteriori implicazioni.

Come puntualmente precisato⁷⁰, è infatti possibile che le persone integrate siano poi chiamate a svolgere attività di interesse generale – come nella scuola, nella sanità, ma anche nelle forze armate o di polizia – il cui esercizio potrebbe implicare l'assunzione di scelte valoriali. Deve pertanto costituire una costante preoccupazione dello Stato assicurare che in tali ambiti "critici" operino soggetti non ideologicamente orientati, portatori di offerte "di parte" incompatibili con l'assetto valoriale della nostra comunità e consacrato nei principi e nelle norme costituzionali, ma anche internazionali ed europee⁷¹.

⁶⁸ Sul tema, si veda H. Küng, *Religioni mondiali, pace mondiale, etica mondiale*, Brescia, 2004.

⁶⁹ Il tema dei costi legati alla gestione dei flussi migratori e dei processi d'integrazione dei migranti è quantomai complesso e foriero di discussioni animate, specialmente in ordine all'effettivo carico sulla comunità accogliente: cfr. Idos e Unar, *Immigrazione – Dossier statistico 2013 – Dalle discriminazioni ai diritti*, Roma, novembre 2013; T. Hatton, *Perché l'Europa deve cambiare politica sui rifugiati*, in *Lavoce.info*, 05/2016; E. Di Pasquale, A. Stuppini, C. Tronchin, *Quanto costa accogliere i rifugiati*, ivi, 07/2016.

⁷⁰ Così, Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 231 s.

⁷¹ Sulla centralità dei valori etico-sociali e dei diritti della persona nella Costituzione italiana e sulla universalità dei principi di laicità e di libertà religiosa e della conseguente necessità di affermare il dialogo interreligioso nei processi di integrazione degli stranieri nonché sui concetti di laicità e laicismo, oltre agli scritti di Cardia, già richiamati, cfr. *ex multis*: C. Cardia, voce *Stato laico*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 875 ss.; N. Morra, voce *Laicismo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, 437 ss. Per una riflessione sugli intrecci tra religione e democrazia, laica e pluralista, cfr. G.E. Rusconi, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, 1999; G. Dalla Torre, *Lessico della laicità*, Milano, 2003; S. Ceccanti, *Laicità e istituzioni democratiche*, in G. Bonio (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, 2006, 27 ss.; G. Casuscelli, *Le laicità e le democrazie: la laicità della "Repubblica democratica" secondo la Costituzione italiana*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, (1), 2007, 169 ss.; C. Cardia, *Le sfide della laicità. Etica, multiculturalismo, islam*, Milano, 2007. Sul principio supremo

Le iniziative assunte a livello istituzionale e amministrativo per scongiurare tale eventualità sono invero molteplici. Si pensi alle proposte, più volte discusse a livello istituzionale, dirette alla formazione degli *imam* delle moschee e all'acquisizione da parte loro dei principi e del sistema valoriale del nostro ordinamento costituzionale, ormai divenuti una posta strategica nel processo d'integrazione delle comunità musulmane in Europa⁷². Analoghe considerazioni potrebbero estendersi all'esercizio della professione medica⁷³ o di insegnante negli istituti scolastici statali⁷⁴.

Sempre ragionando in termini strettamente giuridici, è perciò necessario rintracciare un ragionevole bilanciamento tra eventuali opposte posizioni "valoriali", anche perché queste spesso tendono ad acuirsi non solo in presenza di contrapposti orientamenti religiosi, morali e filosofici tra chi accogla e chi sia accolto, ma soprattutto qualora, come nei tempi odierni, esistano ampie sacche di povertà nella società accogliente che non ricevono analoghe attenzioni da parte dello Stato.

L'idea di richiedere a chi aspiri ad essere integrato l'impegno a rispettare taluni valori e, al contempo, di farsi carico – in varia misura e con le forme più disparate, lasciate al libero apprezzamento del legislatore – di parte dei costi legati al suo processo d'integrazione (idea che emerge in modo prorompente nella disciplina dell'accordo d'integrazione) non è in effetti da censurare *a priori*: appare,

di laicità dello Stato, nella rilettura della celebre Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203 (v. anche Corte cost., nn. 259/1990; 13/1991; 421/1993, ecc.), cfr. C. Rolla (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli, 2009; N. Colaiani, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)*, in *Politica del diritto*, (1), 2009, 45 ss.

⁷² Durante la XVI legislatura furono presentate in Parlamento talune proposte di legge per l'istituzione di un albo o registro degli imam destinati ad operare in Italia. Il parere su *Imam e formazione*, a suo tempo redatto dal Comitato per l'Islam Italiano, in <http://briguoglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2011/giugno/par-comit-islam-imam.pdf>, dopo un'efficace descrizione del ruolo degli imam nelle comunità islamiche, ha messo in luce la necessità di «favorire la presenza di imam capaci sia di orientare i fedeli alla pietà spirituale sia al senso di responsabilità nei confronti della società in cui vivono, preservando la comunità da influenze fondamentaliste e garantendo al luogo di culto, centro della vita comunitaria, un carattere di massima trasparenza e dignità». Sulla medesima linea si poneva anche l'iniziativa del comune di Milano di istituire un'Accademia di formazione per imam e studiosi dell'Islam, sulla base di una proposta formulata da Y. Pallavicini, vicepresidente del Coreis (Comunità religiosa islamica italiana) con dichiarato approccio interreligioso. Durante la successiva XVII legislatura venne presentato il progetto di legge n. 2976 (Garnero Santanché) per l'«Istituzione del Registro pubblico delle moschee e dell'Albo nazionale degli imam», che ha tuttavia suscitato svariati rilievi critici in sede di dibattito parlamentare (si veda, al riguardo, la discussione generale tenutasi in data 27 novembre 2017). Sul concetto di «ministro di culto», rientrante nel nostro bagaglio istituzionale (e culturale) e nel pregresso monismo culturale cristiano italiano, cfr. V. Tozzi, *Le moschee e i ministri di culto*, in *Studi in onore di P. Pellegrino*, a cura di V. Turchi, M.L. Tacelli, Napoli, 2010, 474, e A. Bettetini, *Alla ricerca del "ministro di culto". Presente e futuro di una qualifica nella società multireligiosa*, in *Quad. di dir. e pol. eccl.*, 2000, (I), 260.

⁷³ Sul punto, cfr. F. Iacobellis, *La bioetica islamica, tra medioevo e modernità*, in C. Cardia, G. dalla Torre (a cura di), *Le comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Torino, 2015, 507 ss.

⁷⁴ È il caso dell'insegnante islamica che indossi il velo o il *burka* durante le lezioni o che si assenti per l'esercizio della preghiera nelle ore comandate: sul punto, S. Testa Bappenheim, *Accordo tra libera città anseatica di Amburgo e comunità islamiche locali. Un prototipo per la Germania, una prospettiva per altri Paesi?*, in *Le comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, cit., 533 ss.

infatti, ragionevole richiedere a chi aspiri ad essere integrato, non già di rinnegare *in toto* il proprio sistema valoriale, ma quantomeno di assumere formalmente l'impegno di rispettare i valori essenziali su cui si fonda la comunità che lo ospita ed accoglie, atteso che siffatta richiesta è essenzialmente finalizzata alla ricerca di una comune e accettabile forma di convivenza⁷⁵.

D'altro canto, non di rado gli individui «preferiscono cedere spazi di libertà pur di ottenere garanzie di inclusione, di rispetto e di riconoscimento come membri di un gruppo»⁷⁶, sino a rendersi disponibili ad accettare e a condividere quantomeno «una sorta di base minima comune»⁷⁷ di valori della comunità di accoglienza: il che è la premessa necessaria per gettare le basi per una pacifica convivenza. Non di rado, infatti, i “nuovi arrivati” decidono di lasciarsi alle spalle la terra d'origine e finanche la propria cultura nella convinzione che il proprio successo (e, di riflesso, quello dei propri figli) dipenderà soprattutto dalla capacità di raggiungere un buon livello d'integrazione nella società che li accoglie. Essi sono quindi propensi, o anche ben disponibili, a rinunciare a taluni diritti espressivi della propria identità culturale se ciò li agevola nell'inclusione nella società di accoglienza. D'altro canto, non può negarsi che le possibilità di successo nel percorso d'integrazione si accrescano nella misura in cui il Paese che li accoglie si dimostri favorevole a tutelare e a valorizzare le culture d'origine dei migranti, sempre che queste non confliggano con i valori essenziali della cultura dominante⁷⁸.

Tale «base minima comune» di valori della comunità di accoglienza consiste – a nostro avviso – nell'accettazione dei diritti fondamentali dell'uomo e nei valori espressi nelle dichiarazioni e nei documenti formulati in sede internazionale, europea e nella nostra Carta costituzionale, i quali rappresentano nel loro complesso i capisaldi valoriali della nostra civiltà. La loro *incondizionata* accettazione deve poter costituire il *minimum* necessario richiesto dal nostro Stato (e dalla

⁷⁵ La materia assume piena rilevanza con riferimento all'esercizio della libertà religiosa e di espressione, che, per taluni temi, le comunità islamiche tendono a comprimere, talvolta in misura notevole: si pensi alla drammatica condizione – non sufficientemente discussa, anche attraverso i mezzi di informazione – degli *apostati*, ossia di coloro che abiurino l'Islam in favore di altro credo o per professione di ateismo, ipotesi che in diversi Stati islamici costituisce fattispecie di reato, sovente punita in misura assai grave.

⁷⁶ Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 232.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Significativa al riguardo è Cass. pen., sez. I, 31 marzo 2017, n. 24084, che ha statuito che la libertà religiosa garantita dall'art. 19 Cost. incontra i limiti stabiliti dalla legislazione in vista della tutela di altre esigenze, tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, di ordine pubblico, sicché nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere: la Corte ha confermato la condanna per il reato di porto abusivo di oggetti atti ad offendere (un coltello indossato nella cintura), giustificato come azione conforme ai precetti della religione *sikh*. Su questa rilevante pronuncia, cfr *ex multis*: G. Tucci, *Immigrati e diritti inviolabili*, in *Giur. it.*, 2017, 1957 ss.; A. Licastro, *La «sfida» del kirpan ai «valori occidentali» nelle reazioni della dottrina alla pronuncia della cassazione penale, sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084*, in *Quaderni dir. e pol. eccl.*, 2017, 983 ss.; A. Marchese, *Libertà religiosa e diritto all'identità culturale: profili civilistici*, *ivi*, 1009 ss.; C. Del Frate, *Il Kirpan, pugnale sacro dei Sikh che dal 2009 divide politica e giustizia*, in *corriere.it*, 15.05.2017.

nostra comunità) ai migranti che intendano soggiornare nel nostro Paese, anche se ciò – lo si ripete – possa costare il sacrificio di parte del proprio sistema di valori, qualora questi non corrispondano (in tutto o in parte) ai valori della comunità accogliente⁷⁹.

Sotto questo profilo, appaiono condivisibili le ragioni sottintese all'approvazione della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione – che, com'è noto, costituisce il fulcro del processo integrativo messo in moto dall'accordo d'integrazione –, nella quale si chiarisce, sin dal suo esordio, che è essenziale obiettivo «enucleare i valori e i principi validi per tutti coloro che desiderano risiedere stabilmente in Italia, di qualsiasi gruppo o comunità facciano parte, di natura culturale, etnica o religiosa».

Come si è rammentato, la Carta dei valori nasce da un acceso dibattito sviluppatosi nell'ambito della Consulta per l'islam italiano⁸⁰ con l'idea di dar vita ad un documento ufficiale a seguito di una improvvida dichiarazione di un esponente dell'Unione delle comunità ed organizzazioni islamiche in Italia (UCOOII), il quale negava l'irripetibilità dell'Olocausto. L'allora Ministro dell'interno, Giuliano Amato, reagì a tale presa di posizione avanzando la proposta di formulare un testo in cui si enucleassero i principi *irrinunciabili* (dunque *non negoziabili*) del nostro sistema costituzionale, onde intraprendere un fattivo dialogo con chi avesse inteso stabilirsi in Italia.

Emblematiche al riguardo sono le enunciazioni della Carta sul ruolo e i diritti delle donne, sulla struttura monogamica del matrimonio e sulla libertà matrimoniale (artt. 17 e 18), sulla laicità dello Stato, sulla libertà religiosa e il dialogo interreligioso e interculturale (artt. 21 e 22) e sulla libertà di abbigliamento della persona (si ritengono inaccettabili «forme di vestiario che coprono il volto perché ciò impedisce il riconoscimento della persona e la ostacola nell'entrare in rapporto con gli altri»: art. 26).

Nonostante il monito fosse principalmente indirizzato alle comunità islamiche, la Carta fu sottoposta all'attenzione di *tutte* le confessioni religiose per poi essere inviata alle ambasciate e ai consolati dei Paesi terzi interessati; inoltre, come ricordato, su di essa si fonda il giuramento all'atto della concessione della cittadinanza italiana.

Come già evidenziato, l'accentuazione “culturalista” della Carta dei valori – e del successivo accordo di integrazione – è stata (ed è tuttora) oggetto di critiche animate, soprattutto da parte di chi muove da una prospettiva interculturalista: da taluni si ritiene infatti inaccettabile la logica, sottesa a tali documenti,

⁷⁹ Per una riflessione sulla costante oscillazione, tipica del nostro ordinamento, tra *favor* per gli immigrati e ragioni della sovranità, nonché sulla scarsa efficacia degli strumenti nazionali di governo dei flussi migratori, si veda Mazzamuto, *Il civis temporarius e il diritto amministrativo nell'ordinamento multilivello*, cit., *passim*.

⁸⁰ Sull'istituzione di quest'organo si veda il d.m. interno 10 settembre 2005.

secondo cui chi decide di andare incontro all'altro, anziché limitarsi a presentare se stesso, intende chiarire da subito su quali basi sia disposto a praticare l'incontro, ponendo così in primo piano i principi ritenuti irrinunciabili o, come suol dirsi, *non negoziabili*. Significativa, al riguardo, è stata la risposta del Ministro in occasione di una interrogazione parlamentare in cui si precisava che, attraverso la Carta, si è inteso prendere posizione sulla pratica della infibulazione e, in generale, sulla condizione della donna⁸¹.

Seguendo questo ragionamento, si potrebbe *a fortiori* sostenere che, sempre sotto un profilo giuridico, appare inaccettabile (oltre che irragionevole) che lo Stato e la comunità accogliente si assumano l'onere di accogliere e integrare gruppi d'individui che *a priori* rifiutino di accollarsi il dovere di rispettare i valori *minimi* del nostro ordinamento: in tale eventualità, il sistema dovrebbe poter reagire, finanche negando loro ogni possibilità di integrazione e applicando gravi misure sanzionatorie, come l'espulsione dal territorio nazionale e l'accompagnamento alla frontiera⁸².

II. In sede di disamina del processo d'integrazione si è più volte posto l'accento sulla necessità di collocarsi nell'ottica non solo dei diritti, ma anche dei *doveri* e delle *responsabilità* dello straniero coinvolto in tale percorso.

È necessario precisare che il tema (delicatissimo) in esame non va affrontato nella sola prospettiva (pur essenziale ed insopprimibile) dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, come invece tende a focalizzare l'attenzione la gran parte degli studiosi in materia, seguendo non di rado solchi già arati da altri saperi, *in primis* in ambito sociologico, ma finanche filosofico e teologico⁸³. Al contrario, è altresì necessario estendere l'orizzonte prospettico coinvolgendo la sfera dei doveri e delle responsabilità di tutti i soggetti coinvolti nel processo di integrazione, e dunque anche degli stessi migranti che aspirino all'accoglienza.

La progressiva estensione del novero dei diritti fondamentali e sociali anche agli stranieri, pur essenziale, non è infatti da sola sufficiente ad assicurare il felice esito del processo di integrazione.

Da un lato, è infatti sempre possibile (come l'esperienza di svariati Paesi europei dimostra ampiamente) che, nonostante il riconoscimento formale dei

⁸¹ L'intervento del Ministro alla Camera dei deputati dell'11 ottobre 2006, è consultabile alla pagina www.interno.it/assets/files/10/20061011175316.pdf.

⁸² Oltre a Cass. pen, sez. I, n. 24084/2017, si rinvia alla copiosa giurisprudenza amministrativa (v. *supra*) che legittima la revoca del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, se lo straniero si sia rivelato un soggetto socialmente pericoloso e indisposto ad integrarsi nella comunità accogliente.

⁸³ Sull'ampio dibattito in tema della tutela dei diritti umani in seno alla Chiesa cattolica, v. P. Parolin, *Intervento del Cardinale Segretario di Stato all'VIII Simposio Internazionale "Diritti fondamentali e conflitti fra diritti"*, in *Bollettino sala stampa della Santa Sede*, 15 novembre 2018, in <https://press.vatican.va> (visitato il 29.03.2020); D. Menozzi, *Chiesa e diritti umani*, Bologna, 2012.

diritti fondamentali, larghi strati di comunità immigrate fatichino ad integrarsi o addirittura si isolino, rifiutando recisamente di riconoscersi nella comunità integrante, finendo talvolta per travolgerla.

Dall'altro, è altrettanto possibile (come dimostra ancora la realtà) che certe legittime pretese finiscano per scontrarsi con ulteriori pretese, altrettanto legittime, dei cittadini autoctoni, parimenti espressione di diritti fondamentali della persona ed in ordine alle quali lo strumento del bilanciamento può risultare assai difficile da gestire.

Si tratta di una sfida che coinvolge direttamente i pubblici poteri (e, segnatamente, le Amministrazioni interessate), allorquando siano chiamati a gestire e a rendere effettivi i processi di integrazione, che pur sempre si muovono entro situazioni di riconoscimento formale di diritti, come quelli afferenti all'abitazione, all'assistenza e all'istruzione⁸⁴.

Come accennato, non può ritenersi esaustivo il ricorso al valore dell'eguaglianza, nonostante nel tempo abbia contribuito in misura essenziale alla costruzione dello *status* dello straniero immigrato.

Rimandando alla dottrina giuspubblicistica per ogni necessario approfondimento, in questa sede è sufficiente osservare che, al pari di quanto sopra rilevato a proposito dei diritti fondamentali della persona, è sempre possibile che talune comunità, aspiranti ad essere incluse, in realtà non siano affatto interessate al mero riconoscimento formale di una propria posizione di eguaglianza rispetto agli altri componenti della collettività, ma solo a partecipare proficuamente ai processi di integrazione che assicurino una piena partecipazione alla vita della collettività, sebbene in posizione meno responsabilizzante rispetto al riconoscimento della cittadinanza politica⁸⁵.

III. Constatata l'insufficienza del solo richiamo al tema dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza, si è così rintracciato nell'art. 2 Cost. un forte ancoraggio costituzionale a sostegno dell'idea di impostare il processo d'integrazione dello straniero anche nella prospettiva dei *doveri* e delle *responsabilità*, rendendo possibile configurare, persino a livello costituzionale, un espresso *obbligo di integrazione* a carico dei migranti.

⁸⁴ Sul ruolo delle amministrazioni pubbliche nella tutela dei diritti sociali, cfr. A. Zito, *Beni primari, diritti sociali degli immigrati e ruolo delle pubbliche amministrazioni*, in Atti del convegno «Diritti dell'immigrazione e diritti dei migranti» (Agrigento, 22-23 maggio 2013), a cura di M. Immordino e C. Celone, in *Nuove Autonomie*, Anno XXII, (2-3), 2013, 223 ss. Sul tema, cfr. F. Manganaro, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo e responsabilità delle amministrazioni e delle comunità locali e subnazionali*, in *Il diritto dell'economia*, 2003, 273 ss.; A. Massera, *Uguaglianza e giustizia nel Welfare State*, in *Dir. amm.*, (1), 2009, 1 ss.; B.G. Mattarella, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, (2), 2012, 359 ss.

⁸⁵ Il profilo testé accennato si intreccia con il tema della c.d. cittadinanza amministrativa, su cui cfr. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, cit., e Police, *Federalismo "asimmetrico" e dequotazione dell'eguaglianza: le fragili fondamenta della cittadinanza amministrativa*, cit.

La norma testé richiamata, infatti, laddove enuncia che «La Repubblica [...] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», non solo riconosce, al più elevato livello ordinamentale, il valore della *solidarietà* con i relativi *doveri inderogabili*, ma è rivolta all'uomo in quanto tale, dunque anche allo straniero e non esclusivamente ai cittadini.

D'altro canto, la stessa struttura della norma (la prima parte è dedicata al riconoscimento dei diritti, mentre la seconda all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) lascia intendere che tra diritti fondamentali e solidarietà sussista quasi una sorta di rapporto di sinallagmaticità o, comunque, di diretta consequenzialità.

Il richiamo all'art. 2 Cost. consente poi di superare un limite insito nella formulazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., laddove quest'ultimo, da un lato, configura un impegno solo unilaterale a carico della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», e, dall'altro, sembra trascurare il ruolo e l'impegno da richiedersi alla *persona* in quanto tale, elementi che risultano essenziali per assicurare una più ampia integrazione.

Secondo la prospettiva che qui si accoglie, i processi di inclusione/integrazione non costituiscono l'espressione di un diritto in favore di una sola delle parti (chi è accolto) con la contestuale assunzione di impegni ad esclusivo carico della controparte (chi accoglie), ma debbono intendersi e configurarsi alla stregua di dinamiche più complesse e fluide, tali da postulare, in ogni caso, l'attivazione di *impegni reciproci* a carico di entrambi i soggetti coinvolti, pur nel rispetto delle specificità del caso.

In altri termini, il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., postula una *potenziale bilateralità degli impegni*, a carico tanto della comunità accogliente (in misura maggiore, ma *non esclusiva*), quanto di colui che aspiri all'integrazione, al quale non può non richiedersi una partecipazione attiva e una responsabilizzazione in tal senso: infatti, numerose operazioni giuridicamente rilevanti messe in atto in costanza dei processi di integrazione sono in effetti inquadrabili nella prospettiva della *solidarietà biunivoca*, piuttosto che nella logica del puro diritto⁸⁶.

⁸⁶ In tal senso, Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 239. Il nostro ordinamento, anche costituzionale, contempla molteplici ipotesi di solidarietà biunivoca (o bilaterale). Con riguardo all'ambito dell'istruzione, si veda ancora F. Fracchia, *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, in F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 158. Sulla solidarietà biunivoca declinata nell'ambito dei servizi sociali, si veda V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali – Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, *passim*, ma spec. 51 ss., 72 ss. e 275 ss. Sulla centralità degli aspetti relazionali: F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. economia*, 2004, 41 ss.; Id., *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008; Id., *Istruzione e differenziazione: la centralità dello studente tra solidarietà intergenerazionale e sviluppo della persona*, cit.

Questa ricostruzione, incentrando l'attenzione sui doveri e le responsabilità, ha poi il pregio di non irrigidire il processo d'integrazione e di porre un freno a pericolose forme d'isolamento, già segnalate, non essendo sempre vero che al dovere si contrappone un diritto.

Rispetto alla prospettiva legata al solo riconoscimento dei diritti, la logica (o l'etica) del dovere di solidarietà e della conseguente responsabilità personale sembra soddisfare meglio le esigenze dell'inclusione e dell'integrazione perché, ponendo al centro dell'attenzione la necessità di "preoccuparsi" dell'altro, facilita la ricerca di punti di convergenza in caso di conflitti di valori e culture differenti e, al contempo, tende a ripartire su entrambe i soggetti coinvolti i costi (sociali, economici ed etico-religiosi) connessi al processo di integrazione, dando così valore alla ricerca del dialogo tra le parti. Non solo, ma il principio di solidarietà deve altresì illuminare lo stesso agire delle Amministrazioni pubbliche e di ogni altro soggetto (finanche legato al mondo del volontariato), chiamati a vario titolo nella gestione dei processi d'integrazione.

Se dunque ci si pone nella prospettiva qui vaticinata, ben presto si dovrà prendere atto della limitatezza di un approccio al fenomeno migratorio rigidamente ancorato al (solo) rispetto dei diritti fondamentali e del principio di eguaglianza. La problematica non può infatti essere "appiattita" in modo uniforme per tutti i soggetti interessati, ma deve ricercare soluzioni differenziate – anche con singoli profili di responsabilità – perché le situazioni di rischio non sono identiche, né standardizzabili.

IV. In conclusione, come già anticipato, l'impostazione di fondo che emerge dalla giurisprudenza amministrativa testé richiamata mette in luce doveri e responsabilità nel processo di integrazione, accanto al profilo *insopprimibile* della tutela dei diritti. Indirizzo che, peraltro, non sminuisce affatto le conquiste raggiunte in tema di diritti umani e sociali degli stranieri, giacché essi costituiscono una sorta di diritti morali universali, riconosciuti a tutte le persone indipendentemente dalla nazionalità, dalla razza, dalla religione, dal sesso e dalla posizione sociale e a prescindere dalla reciprocità negli ordinamenti dei Paesi di provenienza⁸⁷.

È dunque fuori discussione che, di fronte ai profughi che fuggono dalle guerre e dalle persecuzioni politiche, il più elementare principio di solidarietà imponga ad ogni Paese (e alla relativa comunità nazionale) di assicurar loro soccorso e piena tutela dei diritti⁸⁸.

⁸⁷ Così, E. D'Orazio, *Una introduzione all'analisi e alla giustificazione dei diritti nella prospettiva dell'etica pubblica*, in *Immigr. e diritti di cittadinanza*, Conferenza nazionale dell'immigrazione – Università Bocconi Milano-Cnel, 1991, 15 ss.

⁸⁸ Sulla condizione giuridica dei rifugiati e richiedenti asilo, si veda E. Benedetti, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010.

Il momento di assunzione delle responsabilità emergerà successivamente, allorquando, superato lo stato di pericolo, si impronerà la progressiva integrazione del profugo nel tessuto della comunità accogliente⁸⁹. «Nessuna politica di controllo dell'immigrazione consente a una comunità internazionale di lasciare una barca carica di naufraghi al suo destino. Esiste una legge del mare, e ben più antica di quella pure codificata dai trattati. E questa legge ordina: in mare si soccorre. Poi, a terra, opereranno altre leggi: diritto d'asilo, accoglienza, respingimento»⁹⁰.

Ma in altra situazione versa colui che soggiorni nel nostro Paese per pure ragioni economiche e/o in situazione d'irregolarità, più o meno grave: in tal caso non appare irragionevole richiedere l'assunzione di specifici obblighi verso la comunità che lo accoglie.

L'istanza di una maggiore responsabilizzazione del migrante rispecchia il tradizionale pensiero cristiano, come fra l'altro può volte ribadito dallo stesso Papa Francesco. Se, infatti, da un canto egli insiste sulla necessità di *costruire ponti*, favorendo ogni possibile interlocuzione con gli Stati, con le organizzazioni non-governative, con soggetti religiosi, ma anche laici e aconfessionali, non esita per converso a rimarcare che l'accoglienza debba essere *ragionevole*, e dunque accompagnata dalla capacità di integrare e dalla prudenza dei governanti. Il diritto del debole a ricevere protezione non implica l'esenzione dal dovere di rispettare il luogo di accoglienza, la sua cultura e le sue tradizioni: l'indiscusso dovere di soccorso e accoglienza non impone affatto l'abdicazione del diritto di tutelare i propri cittadini e i propri valori⁹¹.

Come è noto, la condizione giuridica dello straniero non è univoca, ma caratterizzata da una pluralità di regimi a seconda delle specifiche situazioni. Ebbene, come esistono nel nostro ordinamento significative differenziazioni finanche in tema di esercizio dei diritti sociali, è *a fortiori* prospettabile una diversificazione del piano dei doveri e delle responsabilità. Sarebbe infatti inaccettabile, prima ancora che dal punto di vista giuridico, sotto un profilo etico, "livellare" il piano delle responsabilità e dei doveri d'integrazione, parificando chi fugge dalle guerre e dalle persecuzioni di governi dispotici a chi, meno drammaticamente,

⁸⁹ Sull'obbligo di non respingimento e accoglienza dei richiedenti asilo, cfr. *ex multis*: F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 287 ss.; M. Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012, 45 ss.; V. Merengoni, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, imm., cittad.*, 4/2012; A. Spagnolo, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività Frontex*, *ivi*, (3-4), 2014, 36 ss.; Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, cit., spec. 127 ss.

⁹⁰ Così, M. Corradi, *Chi non vuole vedere e chi muore*, in *Avvenire*, 21 agosto 2009. Sul tema, cfr., *ex multis*: G. Di Benedetto, *Il naufragio e la notte. La questione migrante tra accoglienza, indifferenza ed ostilità*, Milano, 2007; P. Bonetti, *Respinti e indifesi? La prima pronuncia della Corte Europea dei diritti sugli sbarchi a Lampedusa*, in *Quad. cost.*, 2010, 426 ss.

⁹¹ In tal senso, Parolin, *Intervento del Cardinale Segretario di Stato all'VIII Simposio Internazionale "Diritti fondamentali e conflitti fra diritti"*, cit.

sia un migrante economico, che tenti la fortuna scegliendo di soggiornare, magari in condizioni di irregolarità, nel nostro Paese.

Sotto questo profilo appare ragionevole richiedere al migrante un maggior sforzo di integrazione nella comunità accogliente, pur con tutte le cautele del caso e graduando i gradi di responsabilità alle particolari situazioni soggettive⁹².

Risultano pertanto illuminanti i segnali provenienti dalla più recente giurisprudenza amministrativa – peraltro in linea con posizioni diffuse in sede ordinaria, specialmente penale⁹³ – e, in particolare, dalla Sezione parmense del Tribunale amministrativo emiliano romagnolo, tesa a ricostruire il permesso di soggiorno CE come una sorta di “premio” per i soggiornanti di lungo periodo⁹⁴.

La natura premiale del permesso di soggiorno UE emergerebbe proprio dalla sua precipua funzione di esentare lo straniero dal periodico rinnovo del titolo di soggiorno, attribuendo uno *status* più stabile che costituisce il presupposto per l’acquisto della cittadinanza. In ossequio al principio di responsabilità, si pone dunque a suo carico un vero e proprio *dovere di integrazione*, giacché egli, lungo soggiornante UE, beneficia della possibilità di integrarsi compiutamente nel tessuto sociale.

Il mero inserimento sociale – comprovato da una stabile occupazione lavorativa e dalla disponibilità di un alloggio di residenza con la famiglia – costituirebbe solo una condizione necessaria *ma non sufficiente* ad attestare l’effettiva volontà di adempiere al dovere di integrazione.

La revoca del permesso di soggiorno è dunque legittima se lo straniero manifesta scarsa propensione ad integrarsi nel tessuto sociale, preferendo dedicarsi alla commissione di gravi reati, pur in presenza di fattori favorevoli. Ciò spiega come mai sia sufficiente, ai fini della revoca del permesso di soggiorno, l’accertamento della pericolosità sociale sulla base di un mero provvedimento non definitivo dell’autorità giudiziaria.

Alla luce di questo indirizzo giurisprudenziale, appare dunque ragionevole richiedere al migrante accolto nel nostro Paese un maggior sforzo di integrazione, *pur con tutte le cautele del caso e graduando i gradi di responsabilità a seconda delle particolari situazioni soggettive*.

⁹² Sulla “particolare posizione giuridica soggettiva del migrante, portatore di una pretesa che si articola diversamente a seconda della specifica condizione di provenienza, dell’età e, più in generale, della situazione personale”, nella prospettiva del diritto europeo e del diritto interno italiano, si veda ancora G. Romeo, *Diritti fondamentali e immigrazione*, in *Federalismi*, 25 marzo 2019.

⁹³ Si rimanda alla giurisprudenza penale segnalata *sub* § 2.

⁹⁴ Tar Parma, n. 142/2019 (v. *supra* §§ 1 e 2). Sul c.d. diritto premiale (o promozionale), quale *modus operandi* dell’ordinamento teso a favorire non già le sanzioni negativo/affittivo, ma gli incentivi e dunque il binomio “premio-diritto”, cfr. N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, spec. 13 ss.; A. Facchi, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un’idea*, Torino, 1994; M. Pisani, *Studi di diritto premiale*, Milano, 2001; C. Ruga Riva, *La premialità nell’ordinamento penale*, in *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, 519 ss.

Il piano delle responsabilità e dei doveri e della solidarietà meriterebbe maggiore attenzione da parte degli studiosi dei flussi migratori e del diritto dell'immigrazione. «Forse perché figli dell'era dei diritti, ci siamo disabituati ai doveri e alle nostre responsabilità, sicché può essere salutare ricordare (anche sul piano giuridico) che le dinamiche sociali non sono dominate esclusivamente da pretese e da facoltà, ma si nutrono di solidarietà e responsabilità [...]» e che «molto spesso l'altro va "aiutato ad aiutarsi" e, quindi, può a sua volta essere gravato di doveri»⁹⁵.

6. *Riflessioni "a caldo" nel vivo dell'emergenza epidemiologica Covid-19.*

Il richiamo ad una maggiore responsabilizzazione del migrante nei confronti della comunità accogliente sta emergendo, in modo più dirimpente, in seguito all'emergenza epidemiologica generata dalla diffusione del virus denominato Covid-19.

La drammatica contingenza ha infatti indotto il Governo italiano – peraltro in linea con numerosi altri Paesi – ad introdurre misure fortemente restrittive delle libertà e dei diritti costituzionali dei cittadini, come le libertà di circolazione, di riunione, di culto, di iniziativa economica, all'istruzione, e così via⁹⁶.

Come si è recentemente osservato, «in questi giorni drammatici [...] il diritto e la politica reagiscono organizzando una risposta istituzionale che riflette la gerarchia dei valori essenziali per la sopravvivenza. In altri termini, emergenze e criticità talmente gravi da mettere in pericolo un assetto sociale impongono di disporre in una scala discendente gli interessi; esse, poi, implicano unità e prontezza di decisione e valorizzazione di doveri e responsabilità». «Il primo obiettivo diventa quello di garantire la salute e di arginare la diffusione del virus [...]; ciò comporta una relativizzazione degli altri interessi e valori, comprese le esigenze del mercato o di tenuta dei bilanci (basti porre mente alla sospensione del Patto

⁹⁵ Fracchia, *Integrazione, eguaglianza, solidarietà*, cit., 239.

⁹⁶ Gli svariati D.P.C.M. Conte, assunti quali misure di contenimento del contagio, pur incidendo profondamente nell'assetto delle libertà fondamentali, appaiono provvisti di copertura costituzionale, tanto sul piano formale (traendo fonte legittimante nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con modif. in l. 5 marzo 2020, n. 13), tanto sul piano sostanziale (fondandosi, tra l'altro, sulla dichiarazione di stato di emergenza sanitaria globale espressa dalla O.M.S.), quanto sul piano temporale (essendo rigorosamente contemplata una scadenza). Una volta cessata l'emergenza, le libertà e i diritti, pesantemente limitati, si riespanderanno in tutte le loro facoltà e possibilità. Sul tema, cfr. A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum Quad. Cost.*, 10.3.2020; A. Scarcella, *Emergenza Coronavirus: conseguenze penali in caso di trasgressione alle regole dettate dal Governo*, in Utet Pluris, 10.3.2020; G. Battarino, *Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza da COVID-19. Una prima lettura del Decreto Legge 11 dell'8 marzo 2020 in tema di giustizia*, in *www.questionegiustizia.it*, 09.03.2020; Id., *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, ivi, 01.03.2020. Per le ricadute in ambito processuale-amministrativo, cfr. F. Francario, *L'emergenza Coronavirus e le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *Federalismi.it*.

di stabilità); si irrigidiscono e si accentrano le competenze; diventa superfluo tutto ciò che non è strumentale al raggiungimento dell'obiettivo»⁹⁷.

Ebbene, le misure restrittive introdotte dal Governo Conte non possono non estendersi ai migranti, potendo anch'essi costituire un potenziale vettore di contagio. Anzi, lo stato di pericolo può addirittura accrescersi allorquando, come non di rado accade, essi si trovino a vivere a stretto contatto tra loro (*in primis*, nei centri d'accoglienza), ma anche perché sovente impiegati in attività lavorative con scarsi o inesistenti dispositivi di protezione individuale (si pensi ai *riders* stranieri, moltiplicatisi sensibilmente a fronte dell'accresciuta domanda di consegna di merci a domicilio) o adibiti in attività di assistenza domiciliare agli anziani o ai disabili. E purtroppo, vuoi per insufficiente informazione, vuoi per scarso senso di responsabilità, i migranti non di rado faticano a rispettare le misure di prevenzione del contagio imposte dai D.P.C.M. del Governo Conte, radunandosi finanche nelle piazze e nei parchi cittadini.

L'emergenza sanitaria impone dunque anche allo straniero un maggior carico di responsabilità e di obblighi nell'interesse della tutela della salute (propria e della comunità che lo ospita), con possibili ricadute in termini di responsabilità anche sui soggetti tenuti alla sua vigilanza ed assistenza.

Ma, al di là di queste prime osservazioni, finanche scontate, l'emergenza epidemiologica cagionata dalla diffusione del Coronavirus apre orizzonti e profili di riflessione assai più ampi, che possono solo accennarsi in questa sede, quali eventuali spunti di analisi future.

Ci si interroga, in altri termini, sulle possibili conseguenze che l'eccezionale regime giuridico-amministrativo, introdotto per contrastare l'epidemia, possa aver generato sotto il profilo della tutela dei diritti e, in particolar modo, in riferimento alle (nuove ed accresciute) responsabilità dei migranti accolti nel nostro Paese.

Sia chiaro: l'interrogativo si pone tenendo conto di tutte le gradualità del caso, attesa la non unitarietà della posizione giuridica degli stranieri accolti nel nostro Paese: un conto è infatti colui che versi in stato di pericolo (il profugo che fugge dalle guerre o dalle persecuzioni), al quale deve comunque essere assicurata accoglienza, "*senza se e senza ma*"; altro conto è l'approccio da riservarsi al migrante puramente economico e finanche allo stesso profugo, una volta stabilitosi ed inseritosi nel contesto sociale.

Pur con la dovuta gradualità nella distribuzione dei diritti e delle responsabilità, il piano dei doveri non può non accrescersi in misura esponenziale (al pari dei cittadini autoctoni) allorquando il migrante si stabilisca in un Paese che, a

⁹⁷ Così, F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 575 ss. (577 e 578)

causa della pandemia, applica misure fortemente restrittive dei diritti fondamentali delle persone.

In altri termini, se la contingenza impone una sensibile restrizione delle sfere giuridiche dei cittadini, analoga sorte si estende anche agli stranieri, pur con tutte le differenziazioni del caso.

I plurimi decreti del Presidente del Consiglio insistono molto sulle responsabilità e i doveri dei cittadini, chiamati in prima persona a concorrere nell'arginare la diffusione del virus Covid-19 e a partecipare attivamente alla vita sociale, prestando molte più attenzioni gli uni verso gli altri.

Un dato tuttavia pare purtroppo assodato: l'emergenza sanitaria, pur destinata ad affievolirsi una volta raggiunto il picco del contagio, lascerà dietro di sé nuovi interrogativi e un generalizzato senso di insicurezza, in larga misura sconosciuto fino al recente passato. E ciò non solo perché si è verificato "sul campo" con quale facilità e rapidità possa svilupparsi una pandemia di un'intensità tale da mettere in ginocchio anche i governi dei Paesi economicamente più forti, ma soprattutto perché ha imposto misure fortemente limitative dei diritti fondamentali, affievolendoli o addirittura azzerandoli, con esponenziale accrescimento dei doveri e delle responsabilità dei singoli.

La velocità di trasmissione del Covid-19 ha dunque messo in luce i limiti di un mondo fortemente globalizzato, facendo così riemergere all'improvviso l'impellenza di elevare muri – perché tali sono le quarantene e le chiusure delle frontiere tra gli Stati –, i soli al momento in grado di fronteggiare con un minimo di efficacia un "nemico" esterno terribilmente insidioso e pericoloso.

Si è infatti osservato che «Mai come ora si è percepito come il vero portatore della sovranità è lo Stato (e non già l'Europa o il contesto globale o ultrastatale tecnico); nelle situazioni di crisi quel carattere non recede, ma si rafforza e si definisce. La sovranità, anzi, "lavora" esibendo il proprio naturale carattere esteriore, che consiste nel tracciare e stabilire confini [...]. Quei confini, peraltro, servono non già a "bloccare" processi o a rivendicare nazionalismi, ma a proteggere i cittadini e le loro vite»⁹⁸.

Il Coronavirus ha inoltre fatto emergere nuove fragilità sociali. Si pensi al dramma degli anziani, le prime e più numerose vittime dell'epidemia. Si pensi alle famiglie con disabili affetti da patologie anche gravissime, rimaste (giustamente) segregate in casa, in ottemperanza delle misure di contrasto alla diffusione del virus, ma purtroppo lasciate sole, abbandonate al loro destino. Si pensi, ancora, alla grave carenza di strumenti e di personale sanitario, prepotentemente emersa in questi giorni di crisi epidemiologica: carenze che costituiscono il riflesso delle politiche di bilancio dell'ultimo decennio, tese a ridurre drasticamente

⁹⁸ Così Fracchia, *ult. cit.*, 580.

la spesa pubblica, pur se destinata al sostegno di servizi essenziali, qual è appunto l'assistenza sanitaria.

Ma uno degli effetti più duraturi della pandemia riguarderà la risposta, politica e culturale, che si vorrà dare alla domanda di razionale ed efficace gestione dei flussi migratori, esigenza tanto diffusa in larghi strati dell'opinione pubblica, italiana ed europea.

Verosimilmente non sembrerà neppure controcorrente – e finanche “razzista” o “egoista” – l'idea di cominciare a ripensare al bagaglio dei diritti e doveri riconducibili ai migranti, soprattutto allorquando i cittadini autoctoni saranno chiamati in un futuro prossimo ad affrontare la drammatica crisi economica che si profilerà una volta che il virus Covid-19 sarà sconfitto o, quantomeno, sensibilmente ridimensionato.

È ragionevole pensare che si accrescerà l'aspettativa di più drastiche politiche di contenimento dei flussi migratori, ad oggi cavalcate principalmente dalle forze politiche c.d. sovraniste. E in quest'ambito verosimilmente si diffonderà l'idea di un controllo delle frontiere non più solo legato alla mera tutela della cultura e del complesso valoriale del nostro Paese e alla difesa del sistema economico, ma vieppiù accompagnato dalla richiesta di “attrezzare” lo Stato a fronteggiare tutti i limiti che il Coronavirus ha drammaticamente lasciato scoperti in un mondo globalizzato.

La pandemia ha infatti messo in luce la presenza di un nemico invisibile che può colpire qualsiasi Nazione del mondo e nessuna può a priori ritenersi immune. È notizia di questi giorni che il morbo si sia diffuso anche in larghi strati della popolazione africana, facendo così cadere l'idea – che pure era circolata – di una presunta immunità dei popoli africani.

La dolorosa vicenda legata al Covid-19, con le paure ed ansie che ha generato, probabilmente indurrà le istituzioni italiane ed europee (e finanche internazionali) a ricercare nuovi equilibri nella vita civile e nelle relazioni economiche, che non potranno non influire anche sulle politiche di gestione dei flussi migratori, con una sostanziale rivalutazione della sovranità dello Stato.

Sarà pertanto inevitabile richiedere anche a coloro che, d'ora in poi, faranno ingresso nel territorio nazionale, di assumere un più elevato grado di responsabilizzazione ed una più convinta riconoscenza alla comunità accogliente, anche perché i nuovi migranti si troveranno a vivere, nel bene o nel male, in una società profondamente mutata *in pejus* sotto il profilo economico rispetto a quella di appena pochi mesi or sono.

La pandemia ha dunque messo profondamente in crisi l'idea della *globalizzazione senza limiti*, contribuendo a diffondere l'idea opposta, ossia che il movimento senza limiti dei popoli può essere causa di maggiori rischi di attentato alle

nostre esistenze e sicurezze. E ciò, come accennato, non solo dal punto di vista strettamente sanitario, ma anche sotto il profilo della sicurezza economica, messa grandemente in difficoltà a seguito della sospensione forzata e prolungata di gran parte dell'assetto produttivo del Paese.

Volendo essere più diretti, non si tratterà ormai soltanto di difendere i (pur sempre essenziali) valori culturali di un popolo: la pandemia lascerà probabilmente la diffusa amarezza di dover salvaguardare in prima battuta la stessa sopravvivenza della comunità, una volta che sarà reso noto il bilancio definitivo delle migliaia di italiani che hanno perso la vita a causa del Covid-19.

Onde evitare fraintendimenti, non si intende affatto sostenere l'idea – inaccettabile sotto ogni profilo – che l'emergenza sia frutto dell'eccessiva mobilità dei popoli e della (sola) mancanza di seri criteri di gestione dell'accoglienza.

Si intende solo affermare che la drammatica esperienza della pandemia ha reso viepiù doveroso ed ineluttabile un più severo e convinto recupero del piano dei doveri e delle responsabilità nei riguardi tanto dei cittadini italiani (fortemente coinvolti nel periodo di emergenza sanitaria da provvedimenti restrittivi delle loro libertà individuali), quanto di coloro che in futuro intenderanno stabilirsi nel nostro Paese.

E la riflessione dovrà estendersi ad ogni livello politico – nazionale, internazionale e, soprattutto, europeo – abbandonando pregiudizi ideologici e agendo con maggiore consapevolezza e pragmatismo allorquando sarà necessario introdurre nuove misure di gestione (e di contenimento) dei flussi migratori.

La maggiore responsabilizzazione coinvolgerà “a cascata” tutti i livelli di governo dei territori e delle Nazioni: in ambito politico (internazionale, europeo, interno e locale), ma anche nei riguardi dei singoli, tutti indistintamente chiamati (cittadini e migranti) a fare la propria parte, ossia a caricarsi un proprio bagaglio di doveri e responsabilità per il bene comune.

Sotto questo profilo, anche la complessa realtà del *no profit* che gravita attorno alla gestione dei flussi migratori – tanto nelle strutture di prima accoglienza, quanto nelle sedi di smistamento e collocazione dei migranti, quanto ancora nell'attività di primo soccorso in mare – dovrà offrire il proprio contributo, finanche mutando prospettive consolidate che hanno ispirato i loro interventi. Ciascun operatore, nel proprio ambito, sarà chiamato ad uno sforzo di maggiore responsabilizzazione, non più limitata alla mera gestione dell'accoglienza e vigilanza delle persone, ma estesa all'assistenza sanitaria e alla tutela della salute pubblica, investendo a tal fine maggiori risorse ed impegno.

Il nostro Paese uscirà dall'emergenza sanitaria in una condizione di accresciuta debolezza e fragilità sotto molteplici punti di vista, non solo economici, ma finanche di ordine psicologico.

Questa realtà, oggettiva, non potrà essere sottaciuta da chi nel prossimo futuro sarà chiamato ad assumere scelte di politica migratoria. E sarà chiamato a valutare i singoli provvedimenti accertandone l'effettiva *sostenibilità e ragionevolezza* di fronte ad un quadro economico e sociale profondamente mutato *in pejus* rispetto a pochi mesi or sono.

Nella gestione dei flussi migratori bisognerà imparare a destreggiarsi con le categorie e i principi giuridici che mettono in luce le responsabilità, i doveri, la solidarietà, primo fra tutti il principio di sostenibilità.

Solo attraverso una sua attenta applicazione – in uno con i principi di ragionevolezza, precauzione e solidarietà – sarà possibile (e doveroso) gestire la delicatissima materia dei flussi migratori in modo ragionevole e, appunto, sostenibile.

Il principio di sostenibilità – che a ben vedere affonda le proprie radici nella dottrina sociale cattolica, da sempre attenta alle esigenze del povero e del migrante – non può che circoscrivere il dovere di accoglienza nella misura in cui il suo adempimento sia effettivamente *possibile*, anche sotto il profilo economico: “possibilità” che dovrà essere attentamente vagliata da coloro che, ad ogni livello, concorreranno nella responsabilità delle scelte di politica migratoria, allorquando all'emergenza determinata dal Covid-19 si sostituirà, quasi ineluttabilmente, una profonda crisi economica.

Armando Giuffrida - Abstract

Il rinnovo del permesso di soggiorno UE: un “premio” per l’integrazione degli stranieri? Riflessioni anche alla luce dell’emergenza Covid-19

Il lavoro analizza il tema del dovere degli stranieri di integrarsi nella comunità accogliente, domandandosi se sia ragionevole richiedere al migrante un maggior sforzo di responsabilizzazione, pur con tutte le cautele e impregiudicati i diritti fondamentali e sociali, anche alla luce della diffusione del virus Covid-19.

The renewal of the EU residence permit: a ‘prize’ for the integration of foreign citizens? Reflections also in the light of the Covid-19 emergency

The work analyses the issue of the duty of foreigners to integrate into the host community, wondering whether it is reasonable to ask the migrant to make a greater effort to take responsibility, albeit with all caution and without prejudice to fundamental and social rights, also in light of the spread of the Covid-19 virus.

Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?

Annalaura Giannelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le norme in tema di sperimentazioni cliniche nella recente normativa emergenziale anti-Covid19. – 3. Considerazioni sul ruolo dell'AIFA quale sede di decisione accentrata in tema di autorizzazione all'avvio della sperimentazione di medicinali. – 4. Puntualizzazioni sul diverso regime delle sperimentazioni relative a dispositivi medici rispetto a quelle relative ai medicinali. – 5. L'accentramento della valutazione inerente gli studi di fase I. – 6. Studi interventistici e studi osservazionali: considerazioni in merito all'opzione in favore del controllo accentrato per entrambe le tipologie. – 7. Uso compassionevole: le dinamiche di accentramento relative ai programmi di uso terapeutico. – 8. L'accentramento delle funzioni attualmente svolte dai Comitati etici territoriali nell'ottica delle riforme europee di imminente attuazione. – 9. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nella serrata sequenza di decreti legge volti a fronteggiare l'odierna crisi sanitaria anche il tema delle procedure di autorizzazione relative alle sperimentazioni cliniche è stato oggetto di attenzione.

Prima di dar conto delle norme emergenziali di recentissima emanazione può essere utile fornire alcune coordinate di riferimento in tema di sperimentazioni cliniche, in modo da rendere più immediata la percezione della portata innovativa dei recenti interventi normativi e delle potenziali criticità degli stessi.

Il tema delle sperimentazioni cliniche è, ad oggi, oggetto di una disciplina articolata ed in costante evoluzione. La definizione di «sperimentazione clinica» è desumibile dal d.lgs. n. 211/2003, che all'art. 2 puntualizza come tale locuzione indichi qualsiasi studio sull'uomo finalizzato a scoprire o verificare gli effetti cli-

nici, farmacologici e/o altri effetti farmacodinamici di uno o più medicinali sperimentali, e/o a individuare qualsiasi reazione avversa ad uno a più medicinali sperimentali, e/o a studiarne l'assorbimento, la distribuzione, il metabolismo e l'eliminazione, con l'obiettivo di accertarne la sicurezza e/o l'efficacia, nonché altri elementi di carattere scientifico e non».

Si tratta di una definizione estremamente ampia. È proprio tale ampiezza che, tuttavia, ci consente di comprendere come da un punto di vista tecnico-giuridico la sperimentazione sia un processo avente un oggetto molto più esteso di quanto comunemente si creda. L'obiettivo di una sperimentazione, infatti, non consiste necessariamente nel verificare gli effetti clinici, e dunque terapeutici, di un determinato medicinale. L'obiettivo può, ad esempio, consistere nella valutazione inerente solo la sicurezza della somministrazione di un medicinale (a prescindere dall'efficacia dello stesso) o solo gli effetti metabolici della somministrazione medesima.

L'eterogeneità dell'oggetto della sperimentazione giustifica, come si seguito si avrà modo di riferire, la classificazione delle sperimentazioni in fasi, che vanno dalla fase preclinica (quella che si svolge in laboratorio, senza alcun coinvolgimento di esseri umani quale campione) alla fase IV (cd. *post-market*, ossia relativa a farmaci già immessi in commercio).

Anche la suddivisione in fasi va correttamente intesa, per evitare possibili fraintendimenti.

Comunemente si intende la suddivisione in fasi come una sorta di “segmentazione” di un processo sostanzialmente unitario, che si dipana da un punto di origine ad un punto di arrivo. Non è questa la prospettiva giusta in tema di sperimentazioni cliniche: la *fase* più che un “segmento” della sperimentazione è un *attributo* della stessa. Questo spiega perché si parli, nella legislazione e nelle fonti di rango sub-legislativo (ma sul punto cfr. *infra*), di sperimentazioni di fase I, di fase II, *etc.* La fase, in parole povere, contrassegna le caratteristiche e gli obiettivi specifici della sperimentazione, che ben può esaurirsi fisiologicamente in una delle cd. fasi, a seconda dell'obiettivo della sperimentazione medesima.

Oltre alla distinzione per fasi, le sperimentazioni variano anche in funzione di un dato “dimensionale”, ossia in base al numero di centri coinvolti oltre a quello in cui opera lo sperimentatore coordinatore¹. In quest'ottica, il già citato d.lgs. n. 211/2003 distingue, con riferimento alle sperimentazioni di medicinali, tra sperimentazioni monocentriche e sperimentazioni multicentriche, nelle quali la sperimentazione è effettuata, in un base ad un unico protocollo, in più di un centro e viene dunque seguita da più sperimentatori.

¹ L'art. 2 del d.lgs. n. 211/2003 definisce, infatti, «centro collaboratore: centro, ove non opera lo sperimentatore coordinatore, che partecipa ad una sperimentazione multicentrica».

Le distinzioni sopra descritte (quella relativa alle diverse fasi e quella relativa al carattere mono/multicentrico) della sperimentazione impattano sulle procedure di autorizzazione prodromiche all'avvio della sperimentazione medesima.

Come si avrà modo di riferire nei successivi paragrafi, infatti, alcune fasi necessitano di cautele particolari nella loro conduzione, il che si traduce in norme che dettano condizioni puntuali in assenza delle quali un determinato centro non può ospitare una determinata fase di sperimentazione. Sul fronte del carattere mono/multicentrico della sperimentazione le conseguenze si riscontrano sul piano del novero dei soggetti pubblici titolari di poteri *latu sensu* autorizzatori. Rinviando ai successivi paragrafi per una più organica analisi dei profili autorizzatori, preme in questa sede anticipare soltanto che l'avvio di una sperimentazione clinica attualmente presuppone: il parere favorevole del comitato etico e che sia stata inoltrata domanda di autorizzazione all'Autorità competente, coincidente, per le sperimentazioni relative a medicinali, con l'AIFA². È necessario, dunque, un atto di assenso espresso (impropriamente denominato "parere") e l'assenza di «obiezioni motivate» da parte dell'AIFA (si tratta dunque di un canale autorizzatorio soggetto al regime del silenzio assenso, che opera in una finestra temporale di 60 giorni).

Il parere del comitato etico è, ad oggi (sul punto però lo scenario è destinato a cambiare, cfr. *infra*), lo snodo cruciale, e si declina in modo diverso a seconda che la sperimentazione considerata abbia o meno carattere multicentrico. Per le sperimentazioni multicentriche la normativa vigente³ prevede che il protocollo della sperimentazione sia trasmesso al Comitato Etico del centro del coordinatore e ai Comitati Etici degli altri centri partecipanti allo studio. Il CE del centro coordinatore – cui potranno essere indirizzate eventuali obiezioni da parte dei CE "periferici" – dovrà emettere il cd. «Parere Unico» e comunicarlo ai Comitati Etici degli altri centri coinvolti. In caso di parere unico favorevole, agli altri centri resta il potere di accettare o meno il parere medesimo e decidere, quindi, se partecipare allo studio.

È su questo scenario che impattano le recenti previsioni normative emanate per la gestione della pandemia di Covid19, le quali, nel tentativo di semplificare la procedura sopra descritta, scelgono la strada della sostanziale estromissione dei Comitati periferici dal circuito autorizzatorio.

² Cfr. art. 9 del d.lgs. n. 211/2003. L'art. 12 della legge n. 189 dell'8 novembre 2012 ha assegnato ruolo di Autorità competente dall'Istituto Superiore di Sanità all'AIFA. Fino al 2012 lo scenario era più complesso: per i farmaci di nuova istituzione (cioè farmaci che vengono per la prima volta somministrati all'uomo) l'AC era l'Istituto Superiore di Sanità; per i medicinali per la terapia genica, per la terapia cellulare somatica e medicinali contenenti organismi geneticamente modificati l'AC era il Ministero della Salute; per tutti gli altri farmaci l'AC era il Direttore Generale o il responsabile legale delle strutture sanitarie pubbliche o a esse equiparate, in cui si svolge la sperimentazione.

³ Il riferimento è sempre all'art. 9 del d.lgs. n. 211/2003.

2. *Le norme in tema di sperimentazioni cliniche nella recente normativa emergenziale anti-Covid19*

Nell'ambito dei provvedimenti emergenziali dedicati al contrasto al Covid19 le norme dedicate alle sperimentazioni cliniche consistono nell'art. 17 del d.l. n. 18/2020 e nell'art. 40 del d.l. n. 23/2020. La successione dei due interventi normativi è stata così rapida da far sì che il testo più recente abbia sostituito un d.l. non convertito, il quale secondo alcuni commentatori sarebbe stato, di fatto, soltanto *reiterato*⁴, stante la (presunta) omogeneità dei due testi.

Il punto delicato, ovviamente, non risiede nella reiterazione in sé del d.l. – non essendo revocabile in dubbio l'eccezionalità del contesto in cui essa si è verificata – ma il fatto che a ben vedere la reiterazione sia “imperfetta”, ossia non completa, il che suscita qualche dubbio sullo scenario futuro: su quale sarà, in particolare, il testo della legge di conversione, e quali le conseguenze relative agli effetti intertemporali delle norme dei due d.d. l.l.

Per provare a svolgere qualche riflessione, o meglio qualche ipotesi, sui contenuti della futura disciplina “stabilizzata” in tema di sperimentazioni può essere utile soffermarsi su un duplice aspetto: la descrizione degli ambiti di non sovrapposibilità delle due norme dei d.d. l.l. dedicate alle sperimentazioni cliniche e la contestualizzazione delle scelte emergenziali compiute dai d.d. l.l. rispetto ai processi di riforma già in corso proprio in materia di sperimentazioni cliniche.

Il tutto nel tentativo di comprendere se, al netto del ritmo sincopato della normazione delle ultime settimane, sia possibile in essa intravedere qualche spunto sfruttabile nel prossimo futuro, scandito da appuntamenti importanti nell'ambito della regolamentazione sulle sperimentazioni. Proprio nel 2020, infatti, l'agenda politica prevede (o forse sarebbe più prudente dire “avrebbe previsto”) l'attuazione effettiva di due regolamenti europei dedicati alle sperimentazioni cliniche dei medicinali e a quelle dei dispositivi medici. Ecco, dunque, che le scelte assunte sotto la sollecitazione della pandemia in atto meritano di essere esaminate non solo per valutarne l'intrinseca razionalità, ma anche in una prospettiva di lungo periodo, ossia come possibile “anticipazione” di quelle che saranno le scelte legislative da mettere in atto per ottemperare agli impegni europei.

A questo punto occorre, quindi, riferire sul contenuto dei due decreti legge menzionati in apertura.

Tra essi vi è un comune denominatore, rappresentato dall'accentramento (con riguardo alle sole sperimentazioni inerenti il trattamento del Covid19) in capo al Comitato etico dell'Istituto Istituito nazionale per le malattie infettive

⁴ P. Millazzo, *Emergenza e “quasi-reiterazione” del decreto legge. Il caso delle sperimentazioni cliniche sul COVID-19*, in *costituzione.org*.

Spallanzani delle prerogative di valutazione dei Comitati etici territoriali, che in base alla normativa “ordinaria” sarebbero stati coinvolti in caso di sperimentazione multicentrica. La *ratio* di questa scelta è facilmente percepibile, e consiste nella volontà di individuare una voce unica in grado di esprimersi sulla attivazione delle sperimentazioni cliniche aventi come obiettivo la lotta al virus.

Meno ovvia è la valutazione relativa al merito di questa scelta.

Accantonando momentaneamente i profili inerenti la conformità di essa alla normativa europea in tema di sperimentazioni, occorre fare i conti con dei dubbi di natura strettamente organizzatoria.

3. *Considerazioni sul ruolo dell'AIFA quale sede di decisione accentrata in tema di autorizzazione all'avvio della sperimentazione di medicinali*

In primo luogo non può tacersi il fatto che l'esigenza di “sintesi” che trapela dai due d.d. l.l. è già in qualche misura soddisfatta dal ruolo svolto, in materia di sperimentazioni, dall'AIFA. La disciplina vigente (in tema di soli studi “interventistici”, ossia “non osservazionali” ma sul punto cfr. *infra*) prevede, infatti, che l'avvio della sperimentazione sia autorizzato, anche mediante silenzio assenso, dall'AIFA⁵ e, al contempo, sia espressamente assentito dal parere favorevole del Comitato etico di riferimento (che per le sperimentazioni cd. multicentriche⁶ è individuato nel comitato etico cui afferisce la struttura in cui opera lo sperimentatore).

Questa circostanza di per sé, ovviamente, non delegittima la scelta compiuta dai d.d. l.l. n. 18 e 23 del 2020, ma deve mettere in guardia dalla retorica circa la necessità di un unico interlocutore nazionale per lo sperimentatore. Questa prospettiva è fuorviante.

Non solo perché, come si è appena visto, ad oggi le sperimentazioni non possono essere avviate senza l'autorizzazione⁷ di un soggetto – l'AIFA – che ope-

⁵ Cfr. l'art. 9 del d.lgs. n. 211/2003; l'art. 12, co. 9, del d.l. n. 158/2012 (cd. riforma Balduzzi) e la successiva det. AIFA del 7 gennaio 2013. In dottrina: W. Gasparri, *Libertà di scienza, ricerca biomedica e comitati etici. L'organizzazione amministrativa della sperimentazione clinica dei farmaci*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 500 ss.; F. Giunta, *Lo statuto giuridico della sperimentazione clinica e il ruolo dei comitati etici*, ivi, 2002, 623 ss.; C. Videtta, *I comitati etici nel sistema sanitario*, in *Trattato di biodiritto*, a cura di S. Rodotà, P. Zatti, *Salute e sanità*, Milano, 2010, 549 ss.; D. Neri, *Per una riforma del Comitato Nazionale per la Bioetica*, in *Politeia*, XIX, 69, 2003, 87 ss.; A. Rimedio, *Comitati etici nel nuovo regolamento europeo sulle sperimentazioni cliniche*, in *retecomitatietici.apss.tn.it*. Si veda, sebbene risalente e concepito con riferimento ad un contesto normativo distante da quello odierno, il documento del CNB intitolato «Orientamenti per i comitati etici in Italia», 13 luglio 2001.

⁶ Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 211/2003 gli studi multicentrici sono quelli in cui la sperimentazione clinica è effettuata in base ad un unico protocollo in più di un centro e che, pertanto, viene eseguita da più sperimentatori.

⁷ Diverso, ma non meno importante, è il tema della opportunità dell'opzione in favore di un regime di silenzio assenso, sebbene temperato dalla parallela necessità di un parere espresso da parte del CE. Il regime del

ra a livello nazionale, garantendo una sorta di “distanza di sicurezza” rispetto ad eventuali pressioni e localismi di corto raggio, ma anche perché ad oggi il ruolo dei Comitati etici, anche di quello dell’I. Spallanzani, si esprime in parallelo con quello dell’AIFA. La retorica della “voce unica” è dunque intrinsecamente fallace: allo stato l’ordinamento ha scelto comunque la via della voce “doppia”, alla quale si deve ascrivere il merito di coniugare le ragioni della “prossimità” alla sperimentazione (assicurate, nonostante le recenti politiche di riduzione del numero dei CE, dal carattere territoriale degli stessi) con quelle del “distacco” ossia dell’obiettività garantita da una “messa a fuoco da lontano”.

L’accentramento in favore del CE dell’I. Spallanzani deve essere contestualizzato, avendo contezza del progressivo percorso di riduzione dei Comitati territoriali, culminato nella l. n. 3/2018 (cd. legge Lorenzin), che ha prefigurato (ma ancora non realizzato, stante l’assenza della disciplina attuativa) un sostanziale dimezzamento del loro numero, con conseguente trasferimento di competenze in favore dei CE “sopravvissuti”, giocoforza destinati ad assumere le caratteristiche di comitati di area vasta⁸.

Questo percorso di accentrimento, se da un lato rappresenta il retroterra delle odierne norme emergenziali, dall’altro costituisce anche un fenomeno in un certo senso autonomo rispetto ad esse: le norme in esame, infatti, non dispongono la soppressione di alcun comitato etico, ma lo spostamento verso un’unica sede delle sole funzioni di relative alle sperimentazioni dedicate alla cura dei pazienti affetti da Covid19.

Si tratta, quindi, di un accentrimento temporaneo e “per materia”.

silenzio assenso è previsto dalla direttiva 2001/20/Ue, all’art. 9, par. 2, e dal considerando n. 11, ove si specifica che «Di norma l’autorizzazione dovrebbe essere implicita e pertanto la sperimentazione clinica dovrebbe poter avere inizio se il comitato etico si è espresso in senso favorevole e se l’autorità competente non ha sollevato obiezioni entro un certo termine. Tuttavia, in casi eccezionali di problematiche particolarmente complesse dovrebbe essere richiesta un’esplicita autorizzazione scritta». Analoghe affermazioni si rinvencono nell’art. 5, par. 4, della «Posizione comune (CE) n. 44/2000 adottata dal Consiglio il 20 luglio 2000 in vista dell’adozione della direttiva 2000/.../CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del ..., concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative all’applicazione della buona pratica clinica nell’esecuzione della sperimentazione clinica di medicinali ad uso umano».

⁸ Cfr. l’art. 2 co. 7 della l. n. 3/2018 (cd. legge Lorenzin) che, pur rinviando ad una successiva disciplina attuativa, ha previsto che i CE non possano essere più di 40 (dimezzando dunque il numero di CE in precedenza attivi in base alla l. n. 189/2012 che prevedeva un Comitato Etico ogni milione di abitanti, più altri Comitati Etici per gli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico). La suddetta l. n. 3/2018, al co. 1 dell’art. 2 istituisce, al co. 1, il Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici. Il centro è stato istituito con DM del 19 aprile 2018 («Costituzione del Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici») ove si è puntualizzato come quest’ultimo, lungi dall’assorbire le competenze dei CE territoriali, svolga compiti di «coordinamento, di indirizzo e di monitoraggio delle attività di valutazione degli aspetti etici relativi alle sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano, demandate ai comitati etici territoriali». Peraltro giova ricordare che il d.lgs. n. 299/1999 già aveva istituito un «Comitato Etico per la Ricerca e le Sperimentazioni Cliniche di livello nazionale», che tuttavia non è mai stato attivato.

4. *Puntualizzazioni sul diverso regime delle sperimentazioni relative a dispositivi medici rispetto a quelle relative ai medicinali*

I due d.d. l.l. menzionati in apertura (il n. 18 e il n. 23) hanno in comune la scelta di fondo dell'accentramento delle funzioni del CE, ma divergono rispetto all'intensità di tale scelta, o per meglio dire rispetto all'esatto ambito delle attività rispetto alle quali si determina lo spostamento di competenze dai CE territoriali a quello dell'Istituto Spallanzani.

Nel primo commento dedicato ai due d.d. l.l.⁹ si è parlato di un'espansione, per l'appunto determinata dal d.l. n. 23/2020, delle funzioni devolute al CE centrale dal d.l. n. 18/2020. La prima impressione, in altre parole, è stata quella di un progressivo rafforzamento dell'intento accentratore perseguito già dall'art. 17 del d.l. cronologicamente anteriore.

Questa idea sembra solo in parte condivisibile.

Mettendo a confronto i due d.d. l.l. ci si accorge, già dalla rubrica dei rispettivi articoli dedicati al tema delle sperimentazioni, di una progressiva attenuazione della tendenza accentratrice di cui si è detto.

Il d.l. n. 18 prevedeva, infatti, che il trasferimento di competenze in capo al CE centrale riguardasse (ovviamente sempre e solo con riferimento alla cura del Covid 19) sia le sperimentazioni relative ai *dispositivi* medici¹⁰ che quelle inerenti l'uso di *medicinali*. Nel successivo d.l. n. 23/2020 la scelta è stata diversa: solo le procedure di valutazione delle sperimentazioni inerenti l'uso di medicinali sono state assegnate al CE dell'I. Spallanzani come Comitato unico nazionale.

Si tratta di una discontinuità non trascurabile, se si pone mente alle criticità riscontrate presso gli ospedali del Nord del Paese circa il numero dei respiratori disponibili, e alle ricerche intraprese al fine di consentire l'uso simultaneo di un unico macchinario da parte di due pazienti. La scelta di non trasferire al CE centrale anche la valutazione sulle sperimentazioni dei dispositivi dovrebbe servire a scongiurare il rischio che l'accentramento di funzioni si traduca in un rallen-

⁹ Cfr. *supra* nota n. 4.

¹⁰ La definizione di dispositivi medici si ricava dall'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 46/1997 («Attuazione della direttiva 93/42/CEE, concernente i dispositivi medici»), che fa riferimento a «qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compreso il software informatico impiegato per il corretto funzionamento, e destinato dal fabbricante ad essere impiegato nell'uomo a scopo di diagnosi prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia; di diagnosi, controllo, terapia, attenuazione o compensazione di una ferita o di un handicap; di studio, sostituzione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico; di intervento sul concepimento, il quale prodotto non eserciti l'azione principale, nel o sul corpo umano, cui è destinato, con mezzi farmacologici o immunologici né mediante processo metabolico ma la cui funzione possa essere coadiuvata da tali mezzi». La stessa definizione era presente già nell'art. 1 del d.lgs. n. 507/1992 («Attuazione della direttiva 90/385/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi»).

tamento nell'esercizio delle medesime, a discapito dell'efficienza delle procedure preliminari all'avvio della sperimentazione.

Peraltro, anche per quanto riguarda le sperimentazioni su dispositivi medici (così come già riscontrato per quelle relative a medicinali) il procedimento autorizzatorio si dipana in un duplice percorso parallelo: quello dei Comitati etici (su cui ha inciso la normativa emergenziale) e quello facente capo al Ministero della Salute. Per i dispositivi senza marchio CE (o con marchio CE ma da utilizzarsi per indicazione diversa da quella prevista dal marchio) la normativa vigente prevede, infatti, che l'avvio delle sperimentazioni debba essere notificato al Ministero¹¹, che in molti casi¹² può esprimersi mediante silenzio assenso. Alla notifica in favore del Ministero, quale sede decisionale destinata ad operare "da remoto", si affianca la necessità (prevista per tutti i dispositivi destinati ad indagini cliniche, a prescindere dai profili inerenti la marcatura CE¹³) del parere positivo del Comitato etico. Per i le sperimentazioni multicentriche in tema di dispositivi valgono, allo stato, le stesse regole già illustrate, con riguardo ai ruoli del CE del centro coordinatore e dei CE collaboratori, con riguardo alle sperimentazioni di medicinali. È l'art. 11 del D.M. 12 maggio 2006¹⁴ a disporre tale equiparazione, il cui risultato è dunque facilmente prevedibile: anche per i dispositivi gli studi multicentrici presuppongono un parere unico da parte del CE coordinatore (che tenga conto di eventuali osservazioni pervenute dai CE collaboratori), che può non essere accettato dai CE collaboratori con conseguente mancato coinvolgimento nella sperimentazione dei centri afferenti. È in questo scenario, dunque, che va contestualizzata la scelta, promossa dal d.l. n. 18 e poi "ritirata" dal d.l. n. 23 circa la centralizzazione in favore del CE dell'I. Spallanzani delle funzioni di valutazione (anche) in tema di dispositivi medici.

Questa sorta di retromarcia deve, tuttavia, essere altresì esaminata nel quadro delle riforme europee sullo sfondo. Non si può neppure tacere che, in materia di dispositivi medici, si profila un importante "appuntamento" legislativo: il 26 mag-

¹¹ Cfr. art. 14, co. 1, del d.lgs. n. 46/1997 nonché la circolare 26 febbraio 2007 del Ministero della Salute («Procedure amministrative relative allo svolgimento di indagini cliniche con dispositivi medici marcati CE»). Non è, invece, necessaria la notifica, per gli studi clinici effettuati con dispositivi medici marcati CE, non modificati nelle caratteristiche e impiegati per la stessa destinazione d'uso oggetto della procedura di valutazione della conformità preliminare alla marcatura ed utilizzati secondo le istruzioni d'uso (IFU) redatte dal fabbricante (cd. indagini *post-market*).

¹² Ossia con riferimento ai «dispositivi appartenenti alla classe III per i dispositivi impiantabili e per quelli invasivi di lunga durata appartenenti alle classi IIa e IIb il fabbricante può iniziare le indagini cliniche al termine di sessanta giorni dalla data della notifica» (cfr. art. 14, co. 2, del d.lgs. n. 46/1997). La classificazione dei dispositivi si rinvia nell'Allegato IX del d.lgs. n. 46/1997.

¹³ Cfr. l'All. VII al d.lgs. n. 46/1997, in cui si prevede che il parere del Comitato etico sia allegato alla notifica rivolta al Ministero.

¹⁴ «Requisiti minimi per l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento dei Comitati etici per le sperimentazioni cliniche dei medicinali».

gio 2020 è, infatti, prevista la piena applicazione del regolamento UE 2017/745, per l'appunto dedicato alle sperimentazioni di dispositivi medici (cd. «MDR»).

Il nuovo regolamento è foriero di importanti novità, che implicano un notevole, e tuttora incompiuto, sforzo di adeguamento tecnico da parte degli Stati membri. Basti pensare alla mancata implementazione del portale informatico Eudamed dedicato alla gestione trasparente delle sperimentazioni, portale alla cui realizzazione la Commissione Europea e gli Stati membri stanno ancora lavorando (come risulta dal documento datato 11 marzo 2020 redatto dal *Medical Device Coordination Group* (MDCG) – organo previsto dall'art. 103 del regolamento – e intitolato «*Joint Implementation/preparedness plan on the new Medical Devices Regulation 2017/745 (MDR)*»).

In questo scenario non stupisce che lo scorso 3 aprile la Commissione Europea abbia proposto al Parlamento e al Consiglio una proroga del termine di attuazione del regolamento in questione, per consentire agli Stati membri di gestire nel modo più rapido possibile i peculiari fabbisogni di approvvigionamento di dispositivi medici necessari alla cura dei pazienti affetti da Covid19.

È probabile che tale richiesta ottenga un riscontro positivo, e che dunque nei prossimi mesi non si profili con urgenza il problema legato alla rapida attuazione della disciplina UE. Cionondimeno, stante l'innegabile complessità della transizione verso il modello autorizzatorio previsto dalla disciplina UE e l'attuale incertezza circa le tempistiche di tale transizione, la scelta del d.l. n. 23 di non gravare il CE dell'Istituto Spallanzani di tutte le valutazioni inerenti le sperimentazioni di dispositivi anti-Covid sembra rispondere ad una apprezzabile logica di prudenza, al di là di ogni personale punto di vista in merito al più ampio dibattito sulla opportunità o meno della riduzione dei CE territoriali e delle conseguenti riallocazioni di competenze.

Se, sul fronte delle sperimentazioni sui dispositivi medici, il d.l. n. 23/2020 “fa un passo indietro” rispetto alle spinte accentratrici innescate (in favore del CE dello Spallanzani) dal d.l. n. 18/2020, lasciando inalterato l'ordinario assetto di competenze, lo stesso non può dirsi con riguardo alle sperimentazioni di medicinali.

Rispetto a queste ultime il d.l. n. 23 conferisce al CE dell'Istituto Spallanzani prerogative di valutazione che, nell'assetto disegnato dal d.l. n. 18, risultavano ancora rimesse ai CE territoriali.

5. *L'accentramento della valutazione inerente gli studi di fase I*

Valutando gli ambiti in cui il d.l. 23/2020 irrobustisce il ruolo del CE dell'I. Spallanzani, gli aspetti su cui soffermarsi sono essenzialmente tre.

Il primo concerne i protocolli sottoposti alla valutazione del CE centrale. In base all'art. 17, co. 4, del d.l. n. 18/2020 il CE centrale avrebbe dovuto acquisire

i protocolli relativi agli studi sperimentali di fase II, III, IV¹⁵. In poche parole, ad essere esclusi dall'obbligo di acquisizione da parte del CE dello Spallanzani risultavano gli studi di fase I, nella quale il principio attivo viene testato su un numero limitato di soggetti volontari e (quasi sempre) sani per valutare la sua sicurezza e la sua tollerabilità e cominciare a individuare i possibili effetti collaterali. La mancata menzione degli studi di fase I nel comma 4, dedicato ai protocolli da *trasmettere* al CE centrale, induceva a ritenere che per le sperimentazioni di fase I l'accentramento delle prerogative di valutazione non si fosse verificato. Ciò a dispetto del fatto che il co. 3, nel prevedere un unico parere nazionale di competenza del CE centrale, non facesse distinzione in funzione delle fasi della sperimentazione del medicinale.

Il d.l. n. 23/2020 ha fatto chiarezza, optando per la sottoposizione al parere unico nazionale di tutte le sperimentazioni di medicinali anti Covid19, indipendentemente dalla fase della sperimentazione stessa. Il co. 3 dell'art. 40 del predetto d.l. puntualizza, infatti, che il CE centrale debba valutare i protocolli degli studi clinici sperimentali sui medicinali relativi di fase I, II, III, e IV. Si tratta di una scelta non del tutto scontata. La fase I¹⁶, infatti, non è necessaria per i farmaci già autorizzati all'autorizzazione al commercio (AIC), sebbene per un'indicazione terapeutica diversa da quella di interesse. Di contro essa si rende indispensabile laddove la sperimentazione abbia ad oggetto la somministrazione di farmaci privi di tale autorizzazione. Nella prima fase dell'emergenza, che ha coinciso con l'emanazione del d.l. n. 18, si è probabilmente ritenuto che la devoluzione degli studi di fase I al CE dell'I. Spallanzani non fosse necessaria, dal momento che le sperimentazioni all'epoca in corso avevano tutte ad oggetto farmaci già autorizzati (ovviamente non per il Covid19). Con il passare delle settimane sono emerse domande di sperimentazione aventi ad oggetto farmaci del tutto privi dell'AIC (autorizzazione all'immissione in commercio) rispetto al quale la fase I risultava quindi imprescindibile. Quest'ultima, avendo ad oggetto la somministrazione di farmaci privi di AIC a pazienti sani è estremamente delicata.

Essa, dunque, può svolgersi solo nei cd. centri accreditati¹⁷, che abbiano le specifiche caratteristiche previste dalla det. AIFA n. 809/2015¹⁸, che contras-

¹⁵ Sulla distinzione tra le diverse fasi della sperimentazione: E. Novellino (a cura di), *Il farmaco, ricerca e sviluppo e applicazione in terapia*, Napoli, 2019, 34 ss.

¹⁶ Cfr. l'art. 2, co.1, del d.P.R. n. 439/2001.

¹⁷ Cfr. l'art. 11 del d.P.R. n. 439/2001 in forza del quale: «Le ricerche cliniche di fase I sul volontario sano potranno essere eseguite solo da parte dei centri accreditati [...] Il Ministero della sanità pubblicherà i requisiti minimi necessari perché possa essere svolta una sperimentazione in fase I su soggetti malati».

¹⁸ La determina identifica le caratteristiche dei centri/unità/reparti clinici nei quali è possibile condurre le sperimentazioni cliniche di fase I. Le sperimentazioni di Fase I i cui risultati vengano presentati all'AIFA quali parte di un dossier per l'AIC e che siano state condotte in strutture *non* conformi ai requisiti della determina non sono prese in considerazioni ai fini dell'AIC. I requisiti individuati dei centri accreditati previsti nella suddetta determina sono stati oggetto di una più puntuale descrizione ad opera della successiva det. AIFA

segnano l' idoneità a controllare i delicati passaggi della fase di avvio della sperimentazione (disponibilità di laboratori, attrezzature, personale dotato di specifici requisiti di esperienza, *etc.*). Ebbene, in presenza di una disciplina che circoscrive con puntualità il novero dei centri che possono essere coinvolti in una sperimentazione di fase I forse l' accentramento in favore di un CE unico avrebbe potuto non essere indispensabile, proprio perché di fatto per la fase in questione l' ordinamento già risultava ispirato a logiche di accentramento, ispirate a comprensibili esigenze di adeguatezza delle strutture.

6. *Studi interventistici e studi osservazionali: considerazioni in merito all' opzione in favore del controllo accentrato per entrambe le tipologie*

Il secondo aspetto da considerare, nel valutare le discontinuità tra i due decreti legge in esame, riguarda l' assegnazione al CE centrale del compito di valutare gli studi osservazionali (detti anche studi "non interventistici"). Rispetto a questi ultimi il d.l. n. 18 aveva lasciato inalterato lo *status quo* in termini di competenze dei CE territoriali, mentre il successivo d.l. n. 23 ha optato per l' accentramento delle funzioni di valutazione in capo CE dell' I. Spallanzani. Ancora una volta si tratta di una scelta non banale. Gli studi osservazionali sono quelli in cui il campione selezionato non riceve la somministrazione di farmaci diversi da quelli previsti in relazione al proprio quadro clinico. La circolare del Ministero della Salute n. 6 del 2 settembre 2002¹⁹ ha definito lo studio osservazionale come quello «studio centrato su problemi e patologie nel cui ambito i medicinali sono prescritti nel modo consueto conformemente alle condizioni fissate nell' autorizzazione all' immissione in commercio. L' inclusione del paziente in una determinata strategia terapeutica non è decisa in anticipo dal protocollo di sperimentazione, ma rientra nella normale pratica clinica e la decisione di prescrivere il medicinale è del tutto indipendente da quella di includere il paziente nello studio». La stessa definizione è stata ribadita l' anno successivo dal d.lgs. n. 211/2003.

Tali studi, in poche parole, seguono una logica di tipo controfattuale, che, a titolo esemplificativo, può essere spiegata in questi termini: se Tizio non avesse assunto una aspirina per il mal di testa non avrebbe ottenuto un determina-

n. 451/2016. Per quanto concerne i requisiti per lo svolgimento di sperimentazioni relative alle ulteriori fasi occorre tener presente che la l. n. 3/2018, all' art. 1 prevede, tra i criteri di delega (allo stato non attuati da alcun decreto legislativo) l' «individuazione dei requisiti dei centri autorizzati alla conduzione delle sperimentazioni cliniche dalla fase I alla fase IV, con preferenza per i centri che assicurino nella fase IV, il coinvolgimento delle associazioni dei pazienti nella definizione dei protocolli di ricerca». L' idea che la delega esprime, dunque, è quella per cui, analogamente a quanto già si riscontra per la fase I, anche per le altre fasi vengano stabiliti in termini generali e astratti i requisiti minimi dei centri/unità/reparti clinici in cui tali fasi possano essere espletate.

¹⁹ «Attività dei comitati etici istituiti ai sensi del decreto ministeriale 18 marzo 1998».

to effetto anticoagulante. Questa ipotesi, se verificata mediante uno screening su un certo numero di pazienti che assumono aspirina per la cura del mal di testa, darebbe luogo ad uno studio osservazionale di tipo prospettivo (si veda *infra* l'ipotesi degli studi osservazionali retrospettivi).

Gli studi di questo tipo si limitano, quindi, ad osservare eventuali effetti terapeutici indiretti dei farmaci utilizzati sul campione, tali da suggerire l'impiego dei farmaci medesimi anche in relazione a patologie diverse da quelle che già interessano il campione selezionato. Si tratta, perciò, di studi che non comportano alcun rischio specifico e che, pertanto, non sono soggetti alla disciplina delle sperimentazioni cd. interventistiche, ossia al d.lgs. n. 211/2003 nonché al regolamento UE (ancora non attuato, ma sul punto cfr. *infra*) n. 536/2014.

Le fonti di riferimento applicabili agli studi in questione sono di rango sub-legislativo e consistono nella già menzionata circolare del 2002 e nelle Linee guida dettate dall'AIFA con det. del 20 marzo 2008, che prevedono solo per gli studi osservazionali *prospettici* – in cui il campione sia stato selezionato in ragione dell'assunzione di un determinato farmaco – l'approvazione espressa dei CE (consentendo, invece, l'avvio dei cd. studi osservazionali retrospettivi previa semplice notifica da parte dello sperimentatore in favore dei CE territoriali, ma sul punto cfr. *infra*).

Queste differenze di regime applicabile tra studi interventistici e studi osservazionali non stupiscono proprio grazie alla sopra evidenziata assenza di rischi specifici caratteristica degli studi non interventistici. A destare maggiori perplessità è, piuttosto, la scelta compiuta dal d.l. n. 23/2020 (in discontinuità rispetto al d.l. n. 18/2020) di sottoporre anche la valutazione di tali peculiari studi in capo al CE dell'I. Spallanzani. Ciò con il rischio di un inutile incremento del carico di lavoro di tale organo, a discapito sia della celerità nell'avvio di studi intrinsecamente non rischiosi come quelli osservazionali sia, in un'ottica di sistema, della celerità dell'avvio delle sperimentazioni interventistiche (che debbono ottenere la valutazione positiva dallo stesso organo su cui grava il compito di valutare gli studi non interventistici).

Lo scenario della distribuzione delle competenze non sembra, dunque, tenere conto dei canoni di adeguatezza e differenziazione i quali, nella sensibilità del giurista contemporaneo, dovrebbero concretizzarsi non solo nella ripartizione di funzioni amministrative tra enti territoriali, ma più in generale in ogni scelta di natura organizzativa avente ad oggetto la dicotomia tra la logica della prossimità e quella dell'accentramento.

Peraltro, un particolare elemento di ambiguità della disciplina dettata dal d.l. n. 23 riguarda i cd. studi osservazionali retrospettivi, nei quali il carattere descrittivo dello studio è particolarmente evidente. Si tratta, infatti, di studi pra-

ticabili in presenza di un sistema di registrazione che contenga informazioni sulla esposizione di un certo gruppo ad un determinato fattore di incidenza (fattore di rischio o fattore di potenziale beneficio) e sulla ricorrenza, presso quel gruppo, di un determinato evento (insorgenza di malattie o effetto terapeutico secondario). Lo studio retrospettivo consente di mettere in relazione i due tipi di dati storici (esposizione al fattore ed evento) cercando di ricostruire i possibili rapporti di natura eziologica. Ebbene, come si è anticipato, le Linee guida AIFA sugli studi osservazionali del 2008 hanno stabilito (in assenza di norme di rango legislativo dedicate a questo profilo) che gli studi retrospettivi siano soggetti ad un mero obbligo di notifica ai comitati etici territoriali (cfr. *supra*). Ebbene, l'attuale d.l. n. 23, nel prevedere che il CE centrale esprima il proprio parere nazionale sugli «studi osservazionali» genericamente intesi, rischia di creare una situazione paradossale: in piena emergenza, e sotto la pressione delle esigenze di individuazione di nuovi protocolli terapeutici, vengono ad essere “rallentati” – attraverso la sottoposizione ad un regime di assenso preventivo, per di più gestito in forma accentrata – anche gli studi che, senza rischi di sorta (stante il loro carattere retrospettivo) puntano a individuare le possibili cause o concause dell'insorgenza del Covid19. Si tratta, probabilmente, di un effetto non voluto: il richiamo generico agli studi osservazionali (senza distinguere tra studi prospettici e retrospettivi), in altre parole, è forse frutto della fretta più che di una deliberata scelta²⁰. Cionondimeno essa non mancherà di creare problemi non indifferenti, anche per ragioni legate alla gerarchia delle fonti, ossia al fatto che le Linee guida AIFA, che esentavano dal parere dei CE gli studi osservazionali retrospettivi, oltre ad essere anteriori al d.l. n. 23/2020, ovviamente non vantano forza di legge.

7. *Uso compassionevole: le dinamiche di accentramento relative ai programmi di uso terapeutico*

Il terzo elemento di discontinuità tra i due decreti legge ha, invece, ad oggetto il ruolo del CE centrale nella valutazione dei programmi di uso terapeutico compassionevole per pazienti Covid. Il d.l. n. 18/2020 disponeva, al co. 4 dell'art. 17, che il CE centrale dovesse *acquisire* le richieste dei medici per gli usi

²⁰ Lo stesso legislatore del d.lgs. n. 211/2003 nel definire gli studi osservazionali, invero, fa riferimento solo a quelli prospettici legati alla somministrazione di un determinato farmaco, ma ciò non ha prodotto conseguenze pratiche perché, come si è detto, il d.lgs. in questione menziona gli studi osservazionali solo per escluderli dal proprio ambito di applicazione. Sono le linee guida AIFA del 2008 ad aver puntualizzato la differenza tra studi prospettici e quelli retrospettivi, precisando che per i secondi non è necessario un espresso atto di assenso da parte dei CE.

compassionevoli²¹, senza ulteriormente specificare due aspetti fondamentali: se tali richieste riguardassero i cd. usi nominali o anche programmi di uso terapeutico²²; se tale acquisizione delle richieste avesse finalità meramente conoscitive (restando poi in capo ai CE territoriali il ruolo valutativo) o, al contrario, se l'acquisizione fosse funzionale al rilascio da parte del CE del parere nazionale di cui al co. 3 (comma che, tuttavia, non menzionava gli usi compassionevoli nel perimetro dell'attività valutativa del CE centrale).

Il d.l. n. 23/2020, sul punto, risulta molto più chiaro, poiché stabilisce che il CE centrale esprima il proprio parere sui programmi di uso terapeutico compassionevole. Quindi: non è più dubbio che il CE dell'Istituto Spallanzani debba esprimersi in materia di uso compassionevole (e non debba, dunque, essere meramente informato) ma, soprattutto, non è più dubbio che il ruolo del CE centrale non abbia ad oggetto le richieste nominali, ma solo i programmi di uso terapeutico che – secondo le definizioni vigenti²³ – sono programmi per l'impiego di medicinali nell'ambito dell'uso compassionevole in più pazienti, sulla base di un protocollo clinico predefinito e identico per tutti. In ciò, per l'appunto, i *programmi* si differenziano dall'uso terapeutico nominale, rispetto al quale il d.l. n. 23/2020 si premura di puntualizzare che nessun meccanismo di riassetto delle competenze è previsto in favore del CE dell'Istituto Spallanzani. Questa precisazione è senza dubbio opportuna, in quanto scongiura il rischio di gravare il CE centrale di una mole imprevedibile di richieste, che possono, invece, essere più utilmente riscontrate dai CE territoriali. Resta, tuttavia, ancora una volta opinabile la scelta di "allontanare" il richiedente l'uso compassionevole (che, secondo la normativa vigente, è un medico o un gruppo di medici²⁴) dalla sede in cui si esprime la valutazione. Anche rispetto all'adesione a programmi di uso terapeutico compassionevole, programmi cioè basati su protocolli preesistenti, si pone il tema della valutazione di adeguatezza del campione prescelto rispetto ai conte-

²¹ DM 7 settembre 2017, che all'art. 1 prevede «Per uso terapeutico di medicinale sottoposto a sperimentazione clinica (cd. uso compassionevole) si intende la fornitura a titolo gratuito da parte dell'Azienda farmaceutica di: 1. medicinali non ancora autorizzati, sottoposti a sperimentazione clinica e prodotti in stabilimenti farmaceutici o importati secondo le modalità autorizzative e i requisiti previsti dalla normativa vigente; 2. medicinali provvisti dell'autorizzazione all'immissione in commercio per indicazioni diverse da quelle autorizzate; 3. medicinali autorizzati ma non ancora disponibili sul territorio nazionale».

²² Sul punto, infatti, si era reso necessario un intervento chiarificatore da parte dell'AIFA, che con la circolare del 6 aprile 2020 aveva precisato che la corretta interpretazione dell'art. 17 del d.l. n. 18/2020 era quella che, con riferimento all'uso compassionevole, riteneva accentrate in capo al CE dell'I. Spallanzani solo le funzioni relative alla valutazione dei programmi di uso terapeutico e non anche quelle relative alle domande di uso terapeutico nominale. Questa distinzione è stata poi esplicitata dall'art. 40 del d.l. n. 23/2020, come riferito nel testo.

²³ Cfr. l'art. 1, co. 1, lett. e) del DM 7 settembre 2017.

²⁴ Cfr. l'art. 2 del DM 7 settembre 2017.

nuti del protocollo. Questo tipo di valutazione potrebbe giovare della prossimità tra richiedente e CE, e della verosimile maggiore facilità nelle relative interazioni.

8. *L'accentramento delle funzioni attualmente svolte dai Comitati etici territoriali nell'ottica delle riforme europee di imminente attuazione*

Le osservazioni critiche sinora formulate in tema di accentramento delle competenze si fondano su un convincimento di fondo: quello per cui l'alternativa tra l'accentramento delle funzioni di valutazione sulle sperimentazioni dei medicinali e il mantenimento di una rete territoriale di CE sia nella disponibilità del legislatore nazionale. Occorre, tuttavia, dar conto del fatto che, nel dibattito in corso, serpeggia l'idea per cui la via dell'accentramento in favore di un unico comitato etico nazionale sia imposta, per il prossimo futuro, dal diritto dell'UE.

Il fondamento di questa suggestione consiste nell'interpretazione del regolamento UE n. 536/2014, relativo alle sperimentazioni di medicinali, anch'esso inattuato (come il regolamento UE sui dispositivi medici) a causa della mancata operatività del portale informatico europeo per la ricezione e gestione delle domande di autorizzazione alla sperimentazione²⁵.

L'idea della ineluttabilità della transizione verso un assetto organizzativo caratterizzato dalla presenza di un unico comitato etico nazionale non convince.

Per prima cosa occorre chiarire che gli studi osservazionali sono esclusi dall'ambito di applicazione del regolamento, come prevede il par. 2 dell'art. 1 del regolamento medesimo. Quantomeno rispetto a questi studi la scelta del d.l. n. 23/2020 di assegnare al CE dell'I. Spallanzani, anziché ai comitati territoriali, la valutazione delle sperimentazioni dei medicinali anti Covid19 non può essere motivata dalla volontà di anticipare i tempi di una imminente transizione verso l'abolizione dei comitati territoriali imposta dall'UE addirittura attraverso uno strumento normativo ad effetti diretti come il regolamento²⁶.

²⁵ L. Pani, *Comitati etici? Uno ma buono*, in *Il sole 24 ore*, 10 maggio 2015, 29; id., *Il paziente al centro. Il nuovo Regolamento europeo non lascia dubbi: serve un solo comitato etico in grado di coordinare i pareri su tutti gli studi clinici*, *ivi*, 26 luglio 2015, 26.

²⁶ Il regolamento in questione abroga la precedente direttiva 2001/20/CE. Nella Relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento si legge, al punto 3.13, che: «L'esperienza rivela in effetti le difficoltà che si creano allorché gli Stati membri, nell'ambito della loro cooperazione, basano il proprio lavoro su leggi nazionali di recepimento "simili, ma diverse" (...) Solo la forma giuridica del regolamento garantisce che gli Stati membri basino la loro valutazione di una domanda di autorizzazione a una sperimentazione clinica su un testo identico, piuttosto che su misure di recepimento nazionali divergenti (...) Infine, la forma giuridica del regolamento implica un'importante semplificazione. La sostituzione delle misure di recepimento a livello nazionale consente alle parti interessate di programmare e condurre le sperimentazioni cliniche, incluse quelle multinazionali, sulla base di un unico quadro normativo, piuttosto che sulla base di un "mosaico" di 27 quadri nazionali risultanti dal recepimento nella legislazione degli Stati membri».

Più complesso è il discorso relativo alle sperimentazioni interventistiche, oggetto del regolamento UE sopramenzionato.

Il regolamento, come noto, è uno strumento che, esprimendo effetti diretti negli ordinamenti nazionali, realizza una autentica uniformazione, a differenza della direttiva, che persegue l'obiettivo, meno radicale, della armonizzazione. La scelta del legislatore UE di disciplinare la materia delle sperimentazioni di medicinali mediante regolamento e non più tramite direttiva, riflette dunque la volontà di realizzare un quadro normativo più omogeneo in ambito europeo.

L'effettiva realizzazione di tale obiettivo, ad ogni modo, risente dei contenuti dei regolamenti UE: l'efficacia diretta di questi ultimi non deve, infatti, essere confusa con la necessaria "onnicomprendività" delle norme dettate dal regolamento medesimo. Non è, infatti, impossibile né irrazionale che in sede europea si scelga di normare con regolamento una determinata materia senza che ciò necessariamente presupponga la volontà di "coprire" ogni ambito della materia in questione, privando dunque gli Stati membri di ogni spazio di normazione.

È per l'appunto ciò che si riscontra nel regolamento n. 536/2014. Quest'ultimo prevede regole chiare e dettagliate in tema di procedure di autorizzazione alle sperimentazioni di medicinali: obbligo di presentazione di un'unica domanda di autorizzazione presso il portale UE; il cd. Stato *relatore* convalida la domanda previa verifica sulla sua completezza; lo Stato *relatore* redige una relazione di valutazione di parte I (avente ad oggetto aspetti generali e scientifici) e la presenta attraverso il portale UE al promotore (con eventuale richieste di informazioni aggiuntive) e agli Stati *interessati*; gli Stati *interessati* redigono una relazione di valutazione di parte II (avente ad oggetto aspetti etici e di fattibilità locale) e la presentano attraverso il portale UE al promotore (con eventuali richieste di informazioni aggiuntive) e allo Stato *relatore*; decisione finale con scenari alternativi: a) decisione finale negativa da parte dello Stato relatore che vale come conclusione negativa da parte di tutti gli Stati interessati; b) decisione finale positiva dello Stato relatore e silenzio di uno o più Stati interessati, che vale come silenzio assenso; c) decisione positiva dello Stato relatore e negativa di uno o più Stati interessati (presso i quali la sperimentazione non potrà aver luogo) per motivi attinenti la parte I o la parte II della relazione di valutazione ovvero «qualora un comitato etico abbia espresso un parere negativo che, a norma del diritto dello Stato membro interessato, è valido nell'intero territorio di tale Stato membro» (art. 8, par. 4).

Il passaggio sopracitato ha indotto a ritenere che il regolamento pretenda la transizione del diritto nazionale verso un assetto caratterizzato dalla presenza di un unico comitato etico nazionale²⁷.

Si tratta di una impressione che, tuttavia, non pare giustificata.

²⁷ Cfr. *supra* nota 25.

A ben vedere, infatti, il legislatore europeo si limita a prevedere che su ciascuna sperimentazione si esprima un unico comitato etico, indipendentemente dal carattere policentrico o multicentrico della sperimentazione. Ciò, tuttavia, non equivale a pretendere l'abolizione dei comitati etici territoriali. Non sarebbe, infatti, incompatibile il mantenimento della rete territoriale dei CE, continuando a prevedere che per ciascuno studio uno solo di essi sia in grado di esprimere un parere di sintesi, all'esito di una consultazione degli altri comitati territoriali coinvolti (nel caso, ovviamente, di sperimentazioni multicentriche). Ad oggi l'art. 7 del d.lgs. n. 211/2003, prevede che le sperimentazioni multicentriche presuppongano il parere positivo del CE del centro cui afferisce lo sperimentatore (cd. CE coordinatore), stabilendo però anche (al co. 3) che i CE di afferenza dei centri "satellite" (ossia dei centri coinvolti nella sperimentazione ma diversi da quello in cui opera lo sperimentatore) oltre a potersi esprimere *ex ante* sul protocollo possano anche impedire *ex post* (ossia all'indomani dell'emanazione del parere unico da parte del CE coordinatore) con il proprio parere negativo in termini di fattibilità locale che la sperimentazione abbia luogo nei centri di afferenza. Si potrebbe, dunque, ritenere che il parere del CE coordinatore sia già «valido nell'intero territorio nazionale», sebbene condizionato alle posizioni espresse dai CE "satellite" in merito alla perimetrazione dei centri coinvolti nella sperimentazione. In quest'ottica si potrebbe ragionare su una revisione della trafila procedimentale, stabilendo che i CE territoriali siano chiamati ad esprimere il loro parere di fattibilità locale (eventualmente da rimodulare in termini di parere non vincolante) prima della emanazione del parere unico, il quale dunque assumerebbe la natura di autentica decisione finale valida sull'intero territorio nazionale.

In alternativa, ove la via appena descritta si considerasse inadeguata sul piano della *compliance* rispetto agli obblighi europei, si potrebbe riformare il ruolo del Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali²⁸ istituito dalla l. n. 3/2018, in modo da trasformare le attuali prerogative di monitoraggio di quest'ultimo nel potere di adottare "in prima persona", previa assunzione dei pareri non vincolanti dei CE territoriali coinvolti nella sperimentazione multicentrica, una decisione amministrativa da cui dipenda l'avvio o meno della sperimentazione sull'intero territorio nazionale. In questo modo la sede della decisione sarebbe del tutto svincolato dalla rete dei centri in cui si svolge la sperimentazione: il Centro di coordinamento nazionale dei CE etici territoriali opererebbe non in quanto CE del centro in cui opera lo sperimentatore coordinatore, ma in quanto sede istituzionalmente deputata al controllo.

Così come un'ulteriore via per garantire l'osservanza del regolamento senza rinunciare al patrimonio di esperienza della rete territoriale dei CE potrebbe con-

²⁸ Cfr. *supra* nota 8.

sistere nella differenziazione per discipline, ossia nel mantenere il pluralismo dei CE ma coniugare quest'ultimo con l'assegnazione di un ruolo di sintesi per ambito scientifico, in modo sostanzialmente analogo a quanto il d.l. n. 23 – e ancor prima il d.l. n. 18 – hanno fatto, sia pure in un'ottica emergenziale e temporanea, in tema di terapie antiCovid19. La previsione di un parere unico per “materia” potrebbe cioè rappresentare uno spunto anche in vista delle riforme imposte dall'entrata in vigore del regolamento, valutando la possibilità di arricchire – in un contesto più sereno rispetto a quello in cui hanno visto la luce i due d.d. l.l. sopra citati – meccanismi di interlocuzione preventiva tra il CE centrale “per materia” e i CE di afferenza dei centri coinvolti nella sperimentazione.

9. *Osservazioni conclusive*

Le ipotesi di riforma potrebbero essere molte di più di quello appena menzionate. Ciò che premeva, tuttavia, mettere in luce è il fatto che la rinuncia alla rete dei CE territoriali non sembra una strada segnata dalla normativa europea. Ne è una definitiva conferma anche il considerando n. 18 del regolamento del 2014, che dovrebbe fugare ogni dubbio circa l'indifferenza del legislatore dell'UE rispetto ai profili organizzatori in tema di CE. In esso si legge, infatti, che «La facoltà di stabilire quali siano l'organismo o gli organismi appropriati ai fini della valutazione della domanda di autorizzazione a condurre una sperimentazione clinica e di organizzare la partecipazione dei comitati etici entro i termini per l'autorizzazione a detta sperimentazione clinica previsti nel presente regolamento dovrebbe essere lasciata allo Stato membro interessato. Tali decisioni rientrano nell'organizzazione interna di ciascuno Stato membro. In sede di determinazione dell'organismo o degli organismi appropriati gli Stati membri dovrebbero assicurare la partecipazione di persone non addette ai lavori, in particolare di pazienti o di organizzazioni di pazienti».

Questo approccio è esplicitato con ancora maggiore chiarezza nella relazione di accompagnamento al testo poi approvato come regolamento n. 536/2014, laddove al punto 3.2 si puntualizza che «Di conseguenza la proposta di regolamento, diversamente dalla direttiva 2001/20/CE, non stabilisce quale organismo o quali organismi all'interno di uno Stato membro approvi (o no) una sperimentazione clinica. La proposta di regolamento pertanto non regola né armonizza nel dettaglio il funzionamento dei comitati etici, né impone una cooperazione sistematica a livello operativo tra i comitati etici nell'UE, né limita l'ambito della valutazione dei comitati etici agli aspetti puramente etici (scienza ed etica sono inscindibili).

La proposta consente piuttosto agli Stati membri di organizzare, a livello interno, l'attribuzione dei compiti ai vari organismi. Ciò che conta è in effetti che gli Stati membri assicurino una valutazione indipendente e di alta qualità entro i termini stabiliti nella legislazione. Inoltre, è fondamentale garantire una maggiore chiarezza in merito alle questioni affrontate in cooperazione tra Stati membri e le questioni trattate singolarmente da ciascuno Stato membro in virtù del loro carattere intrinsecamente nazionale, locale o etico».

In sintesi, il riferimento che l'articolo 8 par. 4 del regolamento fa all'assenza di un parere negativo di un CE «valido nell'intero territorio dello Stato membro» (come condizione necessaria affinché lo Stato membro *interessato* possa negare l'autorizzazione alla sperimentazione) deve essere contestualizzato nel più ampio disegno riformatore promosso dal regolamento. Quest'ultimo, come si è visto, è indifferente al tema della organizzazione non solo dei CE ma, più in generale, delle Autorità competenti a decidere, in ciascuno Stato, sull'avvio di una sperimentazione.

Peraltro, a voler puntualizzare ulteriormente l'approccio del regolamento circa il ruolo dei comitati etici, non si può non riscontrare un ridimensionamento dell'attenzione ad essi dedicata. Il già richiamato par. 4 dell'art. 8 del regolamento si limita, infatti, a prevedere che ciascuno Stato *interessato* non possa esprimersi favorevolmente rispetto alla sperimentazione in caso di parere negativo («valido nell'intero territorio dello Stato membro») emesso per l'appunto da un CE. Si profila, dunque, un blando meccanismo di silenzio assenso, che segna una importante discontinuità rispetto alla direttiva 2001/20/CE (abrogata dal regolamento), che all'art. 9, par. 1, stabiliva che «Lo sponsor può iniziare una sperimentazione clinica solo dopo aver ottenuto il parere favorevole del comitato etico».

La sensazione che si trae, dunque, dall'analisi del quadro europeo “retrostante” rispetto agli interventi normativi d'emergenza in materia di sperimentazioni non è quella di una anticipazione di uno scenario annunciato e inevitabile: l'eliminazione della rete dei CE territoriali in favore di un unico organo centrale. Guardando alla disciplina europea i dati che emergono rispetto al ruolo dei CE sono di segno diverso e consistono, come si è visto, nell'indifferenza del legislatore rispetto a profili di tipo organizzatorio e, più in generale, in un ridimensionamento del “peso specifico” di tali organi nel processo decisionale che in tema di autorizzazione si compie in sede nazionale (cfr. quanto sopra si è detto in tema di transizione verso un regime di silenzio assenso in tema di pareri del CE).

Quella tra territorialità e accentramento è, dunque, una battaglia domestica che dovrebbe tener conto tanto degli obiettivi di contenimento di spesa (che finora hanno ispirato le riforme che hanno condotto ai CE di area vasta²⁹) quan-

²⁹ Oltre alla già citata l. n. 3/2018, si veda anche il Decreto del Ministero della Salute dell' 8 febbraio 2013 («Criteri per la composizione ed il funzionamento dei comitati etici»).

to di quelli di efficienza e dunque, in definitiva, di buon andamento. In questa riflessione, probabilmente, meriterebbe di essere coinvolto anche il tema limitrofo, e altrettanto dibattuto soprattutto in ambito sanitario, dell'alternativa tra centralizzazione e policentrismo delle funzioni di acquisto. Anche rispetto a questo profilo il diritto dell'UE, se esaminato con obiettività, si pone in termini neutrali³⁰, lasciando alla politica nazionale³¹ il delicato compito di realizzare la migliore sintesi tra obiettivi di interesse generale che, di primo acchito, potrebbero apparire in conflitto tra loro.

³⁰ I considerando n. 15 e 16 della direttiva 2014/18/UE si limitano, infatti, ad affermare che «In alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze. Diverse amministrazioni aggiudicatrici sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. Tali tecniche consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica. Occorre pertanto prevedere una definizione comunitaria di centrale di committenza destinata alle amministrazioni aggiudicatrici. Occorre altresì fissare le condizioni in base alle quali, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza possono essere considerate come aventi rispettato le disposizioni della presente direttiva. Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva». La definizione viene fornita dal co. 1 dell'art. 1, che tuttavia nessun vincolo pone rispetto al ricorso alla centralizzazione, come si evince anche dall'art. 11 della direttiva, in cui si stabilisce soltanto che «Gli Stati membri possono prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza».

³¹ Sulla tendenza, particolarmente accentuata in ambito sanitario, della legislazione nazionale a favorire l'accentramento delle funzioni di acquisto si veda F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 6, 1259 ss.; B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, 613 ss.; C. Guardamagna, *Centralizzazione e digitalizzazione nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 993 ss.; F. Di Lascio, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 2, 208 ss.; L. Fiorentino, *Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni nella legge di bilancio per il 2017*, *ivi*, 2017, 2, 211 ss.; M.P. Guerra, *Dalla spending review a un "sistema" del public procurement: La qualificazione delle stazioni appaltanti tra centralizzazione e policentrismo*, in *Studi in onore di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, I, 1537 ss.; M. Cozzio, *Gli obblighi sulla centralizzazione degli acquisti degli enti locali al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1, 233 ss.; L. Donato, *Introduzione*, in *Banca d'Italia. Eurosystem. La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Giuridica Legale*, 2016, 11 ss.

Procedure per la sperimentazione di medicinali anti-Covid19: prove tecniche di accentramento delle competenze dei Comitati etici?

Il contributo esamina le recenti previsioni normative aventi ad oggetto la disciplina autorizzatoria delle sperimentazioni cliniche aventi la cura del Covid19. In particolare viene esaminata la scelta di accentrare in capo al Comitato etico dell'Istituto Spallanzani le funzioni di valutazione sinora svolte dalla rete dei Comitati etici territoriali. Questa opzione potrebbe essere seguita anche dopo la fine dell'emergenza sanitaria in corso, anche in ragione del fatto che la normativa europea di imminente attuazione sembra, ad una prima lettura, prevedere lo svolgimento in un'unica sede nazionale delle funzioni di controllo etico.

Procedures applying to clinical trials anti-Covid19 : "technical tests" to ascertain the ethics committees' skill

The paper examines recent regulatory provisions concerning the authorization framework about clinical trials for the treatment of Covid19. In particular, the choice to focus on the ethics committee of the Spallanzani Institute the task of checking carried out so far by the network of territorial ethics committees. This option could also be followed after the end of the ongoing health emergency, due to the European legislation that is about to be implemented seems, at first reading, to provide for the performance of ethical control functions by a single national body.

Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro

Fernando Menezes de Almeida

SUMÁRIO: 1. Apresentação. – 2. As bases do estado de direito na Constituição brasileira. – 3. A competência dos ordenamentos jurídicos parciais da federação. – 4. A autocontenção do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise. – 5. O destaque para a ciência como fundamento da decisão jurídica.

1. *Apresentação*

Fabrizio Fracchia, em seu ensaio «*Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*», traz fundamenatais elementos para uma reflexão sobre os novos desafios que se apresentam para a sociedade contemporânea, organizada sob os princípios do estado de direito, no momento em que o mundo enfrenta a pandemia de COVID-19.

Adotando o direito administrativo como ponto de vista para observação e análise da realidade, Fracchia aborda, entre outras, questões relativas à importância da soberania estatal em uma época de globalização, à legalidade e ao respeito a direitos e liberdades, à relação entre os poderes estatais ao produzirem o direito na crise, e ainda ao papel da universidade e do jurista nesse contexto.

Dialogando com Fracchia e adotando seu mesmo ponto de vista, enquanto administrativista, gostaria de trazer ao debate algumas reflexões adaptadas à experiência vivida atualmente no Brasil.

A premissa a conduzir o desenvolvimento, ainda que breve, dessas ideias é a compreensão de que a opção política da sociedade por organizar-se sob a forma de estado de direito impõe que, mesmo em momentos de crise, nos quais se legitima a tomada de medidas excepcionais em defesa da própria sobrevivência das pessoas, essas medidas devam seguir os parâmetros do direito, desde as suas bases constitucionais.

Na sequência, serão explorados temas derivados da reafirmação das referidas bases constitucionais do estado brasileiro: o respeito ao sistema federativo e o respeito à harmonia dos Poderes, em especial ao papel da jurisdição constitucional – aqui acrescido da nuance de tomar-se a ciência como fundamento do controle da validade de atos jurídicos.

2. *As bases do estado de direito na Constituição brasileira*

Filiando-se à tradição do constitucionalismo ocidental, o Brasil define-se como estado de direito, aliás, um «estado democrático de direito», e adota um sistema constitucional compatível com essa opção fundamental¹.

O Brasil acumula, em seu sistema constitucional, os três sentidos do constitucionalismo (*lato, stricto e strictissimo sensu*²): (i) ter uma constituição como modo de impedir o despotismo; (ii) uma constituição que se funde sobre certos princípios voltados a se garantir a liberdade política, em especial: a separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, o governo representativo e o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis; (iii) e a imprescindibilidade deste último (isto é, do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis).

Trata-se, em essência, de um sistema baseado na legalidade, tanto em seu sentido formal como em seu sentido material.

O princípio da legalidade, em seu sentido formal – lei enquanto ato de vontade atribuível aos seus próprios destinatários, manifestando-se, no caso brasileiro, por meio de seus representantes³ –, está previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição⁴, sendo reforçado, no tocante à administração pública, pelo *caput* do artigo 37.

¹ Não é o caso, dada a dimensão deste ensaio, de desenvolver aspectos da história constitucional brasileira, (vide, entre outros, J. Afonso da Silva, *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011), mas pode-se sinteticamente admitir que o Brasil viveu, desde sua independência, a alternância entre regimes de respeito às liberdades e regimes autoritários. Contudo, nunca abriu mão, em suas Constituições, da afirmação do princípio da legalidade, mesmo que, em alguns momentos históricos, isso implicasse a caracterização de sua Constituição como meramente semântica (para empregar a clássica formulação de Loewenstein). De todo modo, desde a vigência da atual Constituição, de 1988, a vida institucional brasileira tem dado mostras de progressivo amadurecimento institucional, testemunhando o mais longo período de normalidade democrática, com real rotatividade política no governo e o regular funcionamento dos poderes constituídos, havendo até mesmo superado, sem rupturas institucionais, dois processos de *impeachment* de presidentes da república.

² M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, 203-204.

³ Elaborada segundo o rito do processo legislativo (art. 58 e seguintes), o que implica o papel central do Poder Legislativo, ainda que com a participação substancial do Poder Executivo, e mesmo certos casos de iniciativa legislativa do Poder Judiciário.

⁴ «Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei».

Ao lado da legalidade formal, a Constituição brasileira também acolhe o sentido material da legalidade – lei enquanto ato tendencialmente geral e abstrato, visando a tratar isonomicamente os destinatários – ao afirmar no *caput* do artigo 5º a igualdade de todos perante a lei.

Em suma, numa síntese⁵ dos dois sentidos da legalidade, o sistema constitucional brasileiro exige que toda medida individual e concreta a ser adotada pelos poderes estatais fundamente-se em norma legal anterior, de índole geral e abstrata, cujo conteúdo é permanentemente passível de controle de constitucionalidade.

No contexto da pandemia de COVID-19, o Brasil rapidamente adotou um arcabouço legislativo que parece bastante sólido para amparar as medidas que diversas autoridades administrativas da Federação estão incumbidas de implementar.

A principal norma desse sistema de enfrentamento da crise é a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, de âmbito federal, a qual “dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

As medidas que as autoridades administrativas podem tomar por força dessa Lei estão arroladas em seu artigo 3º: «I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde».

Uma falha, em termos de legalidade, que se pode observar na formulação do citado artigo 3º está em seu *caput* referir-se a autoridades poderem adotar as medidas ali indicadas, «dentre outras». Ora o «dentre outras» jamais poderá ser interpretado de modo a permitir que autoridades administrativas criem outras medidas restritivas de direitos sem prévia base em lei – quer dizer, sem prévia referência a conteúdo obrigacional fixado pela Lei, não bastando para tanto uma delegação legal em branco de competência para a administração. No entanto, na

⁵ Aqui inspirada nas lições de L. Duguit, *Leçons de Droit Public Général*, Paris, 2000 (edição facsimilar de Paris: E. de Bocard, 1926), 275.

prática, o que se tem notado é o respeito, por parte das autoridades administrativas, aos parâmetros de conteúdo efetivamente fixados pela Lei.

Ao lado dessa Lei de legitimação das medidas de polícia administrativa em defesa da saúde pública, outra norma geral relevante para dar corpo a um sistema de legalidade⁶, pondo em prática as regras de exceção compatíveis com o próprio sistema constitucional, é o Decreto Legislativo⁷ n. 6, de 20 de março de 2020, que «reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública» – o que configura formalidade necessária para que sejam flexibilizadas certas regras de «responsabilidade fiscal» (ou seja, certas regras de limites de gastos públicos), nos termos do artigo 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

Essas breves considerações têm o objetivo de constatar o respeito aos fundamentos do estado de direito no Brasil durante o enfrentamento da pandemia, destacando a maturidade institucional do País⁸.

No entanto, aproveita-se o ensejo para, dialogando com Fabrizio Fracchia, ressaltar um retorno de atenção à noção de soberania estatal. Num momento de crise de abrangência global, de fato, a sociedade brasileira encontrou respostas nas decisões estatais soberanas e nas instituições nacionais⁹.

É certo – para acrescentar um aspecto de direito internacional – que a citada Lei n. 13.979/20 (artigo 2º, parágrafo único) também acolhe expressamente conceitos adotados pelo Regulamento Sanitário Internacional. Todavia, as regras do Regulamento estão devidamente internalizadas no direito brasileiro (Decreto n. 10.212, de 30 de janeiro de 2020).

⁶ Não se pretende mencionar neste ensaio medidas legislativas de alcance mais pontual (p. ex.: flexibilização do regime trabalhista, para ao mesmo tempo amparar empresas em crise e preservar empregos; contenção de gastos públicos; autorizações orçamentárias extraordinárias; suspensão de certas exigências fiscais às empresas privadas), as quais, para eventual aprofundamento, podem ser consultadas em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>, no tópico especial para “legislação COVID-19”.

⁷ Cuida-se de espécie normativa de competência exclusiva do Congresso Nacional.

⁸ Ainda que o intuito deste ensaio seja ater-se a considerações próprias da ciência do direito, não se pode deixar de registrar *en passant* críticas quanto à postura do Presidente da República e de certas autoridades do governo federal, ao negar a gravidade da pandemia e ao desprezitar pessoalmente as normas de cautela impostas pelo sistema legalmente estabelecido. Nesse contexto, tem-se evidenciado, no plano político e jurídico, o protagonismo de autoridades dos Poderes Executivos dos Estados e dos Municípios nesta crise sanitária, como será visto no tópico seguinte.

⁹ Como dito por F. Fracchia no ensaio de início referido: «La risposta più immediata è stata netta ed evidente, dimostrando la perdurante necessità che lo Stato sia stabilmente organizzato (o, almeno, celermente si organizzi) per fronteggiare le minacce esterne e interne, apprestando strutture e disegnando catene di comando che riflettono valori e principi spesso trascurati negli ultimi decenni dalle società occidentali, (fortunatamente e giustamente, ma forse troppo sbrigativamente solo) caratterizzate dalla proliferazione di diritti e libertà».

3. A competência dos ordenamentos jurídicos parciais da federação

Uma particularidade do caso brasileiro, a reforçar a ideia de que, na situação de crise atualmente vivida, a sociedade socorre-se das soluções inerentes à soberania nacional, é a sua estrutura federativa.

Invocando a “soberania nacional”, subscreve-se neste ensaio a afirmação de Fabrizio Fracchia de que essa referência não tem nenhuma identidade ideológica com «*banale populismo, nazionalismo o generico sovranismo*».

Pelo contrário, é o reconhecimento da opção de uma sociedade livremente organizada por, preservando elementos próprios de sua identidade cultural e civilizacional, relacionar-se em situação juridicamente igual com as demais sociedades, em um contexto de cada vez maior circulação de pessoas, de bens, de valores, de informações e de ideias.

É ainda a percepção de que corpos intermediários entre o indivíduo e o todo são garantias contra o totalitarismo. A noção de “todo”, nesse argumento, comporta uma compreensão relativa. No seu grau máximo pode-se supor o “todo” como sendo o globo. Um estado global propiciaria o contraste máximo nessa dicotomia entre o indivíduo e o todo.

Transpondo essa ideia para o plano nacional, a estruturação federativa – a qual não se está a prescrever como adequada para qualquer contexto, senão respeitando a história de cada país – é ao mesmo tempo potencialmente geradora de limites ao poder estatal sobre o indivíduo e reforçadora da eficácia do poder jurídico nacional, enraizando-o pelos ordenamentos jurídicos regionais e locais.

Em essência, a opção federativa permite justamente a convivência da diversidade na unidade; isso tanto em termos políticos e culturais como em termos jurídicos, levando a que, na expressão de Kelsen, convivam num mesmo ordenamento jurídico soberano diversos ordenamentos jurídicos parciais autônomos.

No caso brasileiro, a Constituição delineou, de modo inovador¹⁰, uma federação de três níveis de entes autônomos: a União, os Estados e os Municípios¹¹, todos integrantes da República Federativa do Brasil (art. 18).

A União, os Estados e os Municípios, no âmbito de sua autonomia, possuem tanto competências legislativas¹² como competências para a execução de ações administrativas, competências essas que (segundo os critérios traçados pela

¹⁰ Nem por isso menos criticável. Permita-se a referência a F. Menezes de Almeida, *Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira*, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, jul.-set/2009.

¹¹ Havendo ainda o Distrito Federal, sede da Capital do País, que acumula competências de Estado e Município.

¹² No Brasil, há também leis, em sentido formal, estaduais e municipais.

Constituição, artigos 21 a 25 e 30) podem ser privativas ou concorrentes, para as distintas matérias.

É bastante complexo, para não dizer impreciso, o critério pelo qual a Constituição invoca “matérias” para a repartição de competências: ora ramos do direito (p. ex.: direito civil), ora institutos jurídicos (p. ex.: desapropriação), ora elementos do mundo natural (p. ex.: florestas), ora recortes de abrangência territorial (p. ex.: assuntos de interesse local), gerando inevitáveis sobreposições a implicar soluções jurisprudenciais casuísticas.

No entanto, não tem sido objeto de divergências a compreensão de que legislar sobre «proteção e defesa da saúde» é matéria de competência concorrente da União e dos Estados (art. 24, XII), cabendo ainda aos Municípios «suplementar a legislação federal e a estadual no que couber» (ou seja, no âmbito do interesse local – art. 30, II). Em se tratando de competências concorrentes, cabe à União estabelecer normas gerais válidas em todo o território nacional, normas essas passíveis de suplementação por legislação estadual (no nível de normas específicas) e por legislação municipal (no que diz respeito ao interesse local).

A Lei n. 13.979/20, portanto, sendo lei de normas gerais, deve ser – e efetivamente vem sendo – diretamente aplicada também por Estados e Municípios, independentemente de legislação própria desses outros níveis federativos.

E é pacificamente aceito que União, Estados e Municípios têm em comum competências para executar ações administrativas em relação ao cuidado com a saúde pública (artigo 23, II).

Isso significa que Estados e Municípios podem (além de legislar sobre a matéria) editar atos administrativos normativos regulamentando diretamente a Lei (federal) n. 13.979/20, ou mesmo praticar atos concretos de administração implementando medidas de saúde pública.

No caso concreto do Brasil, em face da pandemia de COVID-19, verifica-se que as ações administrativas mais efetivas no combate à pandemia vêm sendo praticadas por governos estaduais ou municipais.

Exemplificando com o caso do Estado de São Paulo e com o caso de sua Capital (Município de São Paulo), foram editados decretos pelo Governador do Estado e pelo Prefeito Municipal, adotando a quarentena para suspender o atendimento presencial em estabelecimentos privados comerciais e de prestação de serviços, bem como suspendendo o funcionamento de diversos estabelecimentos públicos (com exceções, naturalmente).

Ainda trabalhando com os mesmos exemplos, os governos do Estado e do Município de São Paulo cuidaram de evitar, ao menos por ora, a imposição da proibição de circulação das pessoas em vias públicas, valendo-se para tanto de técnicas de *soft law*, entretanto revestidas da forma de *hard law*.

Com efeito, consta de normas regulamentares desses entes federativos «recomendação» para que «a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercício de atividades essenciais»¹³, ou «recomendação» de «horário de funcionamento das atividades industriais, comerciais e de serviços» que necessitem permanecer abertos, para evitar acúmulo de pessoas circulando em horários de pico¹⁴ – recomendações essas desprovidas de sanção jurídica.

Esses comandos morais – as recomendações de não circulação de pessoas – têm obtido significativa adesão por parte da população, o que tem sido suficiente, na avaliação das autoridades, para administrar a curva de contaminação dos indivíduos e de ocupação dos leitos de terapia intensiva na rede hospitalar¹⁵.

4. *A autocontenção do Supremo Tribunal Federal em tempos de crise*

Um fenômeno típico da dinâmica atual do sistema constitucional brasileiro, comum aos direitos da tradição ocidental, é a constitucionalização do direito.

Por força desse fenômeno – sumariando-se aqui a análise proposta por Riccardo Guastini¹⁶ – «*un ordinamento giuridico costituzionalizzato è caratterizzato da una costituzione estremamente pervasiva, invadente, debordante*», acarretando como principais consequências: (i) que a legislação deixe de ser considerada atividade livre em seus fins, para ser tida como atividade discricionária (quanto à escolha de meios) condicionada a fazer atuar fins pré-estabelecidos pela constituição; (ii) que os juízes tenham poderes e deveres de aplicar não somente as leis, mas antes a constituição; seja uma aplicação direta da constituição, tida como norma vinculante, seja uma aplicação das leis em uma interpretação que sempre as adere à constituição; (iii) que as relações privadas também sejam condicionadas pela constituição; (iv) que até a doutrina veja-se pautada pela constituição, nela buscando o fundamento axiológico das leis e tendendo a expor o conteúdo normativo como um mero desenvolvimento de princípios constitucionais.

Observa-se, pois, uma tendência expansiva do controle jurisdicional no contexto de constitucionalização do direito, não apenas no tocante à ação administrativa, mas também no que diz respeito às próprias leis em abstrato. Nas pala-

¹³ Exemplo extraído do Decreto (estadual paulista) n. 64.881/20, art. 4º.

¹⁴ Exemplo extraído do Decreto (municipal paulistano) n. 59.349/20.

¹⁵ Uma questão que certamente a justiça e a administração brasileiras terão ainda de enfrentar será sobre a responsabilidade civil do estado, extracontratual e contratual, por essas medidas, discussão que também comportará um aspecto federativo.

¹⁶ R. Guastini. *La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali* (coord. Tecla Mazzarese), Torino, 2002, 148-155.

bras de Rainer Wahl¹⁷ – referindo-se ao direito alemão, mas sustentando uma ideia perfeitamente válida para o caso brasileiro –: «*Pour l'administration, la loi n'est plus 'prête à l'emploi', le point de départ insusceptible d'être mis en doute de son action; les lois doivent constamment être vérifiées quant à leur constitutionnalité, de la même manière que toute application au cas d'espèce est soumise aux critères et au contrôle de constitutionnalité*».

No Brasil, especialmente desde a Constituição de 1988, essa tendência de constitucionalização do direito não apenas se faz presente, como ainda é reforçada por características próprias do sistema constitucional ensejadoras da judicialização da política¹⁸, levando a que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, adote posturas que, em tempos anteriores, seriam consideradas transbordantes de seus «limiti esterni» – para acompanhar a sistematização da matéria apresentada por Elio Casetta¹⁹ – «*nel senso che al di là di essi non sussiste nessun giudice dell'ordinamento che abbia appunto giurisdizione*».

Paralelamente, o reflexo, sobre a dinâmica federativa, desse fenômeno de expansão da Constituição, cujo conteúdo passa a ser a pauta de aplicação direta dos comandos normativos aos casos concretos, é uma tendência de centralização do direito em um padrão nacional, suprimindo-se, na prática, substancial parcela da autonomia normativa dos Estados e Municípios²⁰.

Todavia, o que se tem observado no atual momento de crise sanitária, notadamente por parte do Supremo Tribunal Federal²¹, é um movimento de autocontenção, tendente a prestigiar a validade das decisões legislativas e administrativas, e mesmo tendente a permitir que Estados e Municípios exerçam com mais margem sua autonomia.

Citem-se alguns exemplos²²:

¹⁷ R. Wahl, *Aux origines du droit public allemand contemporain*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 3, mai/jun, Paris, 2007, 820.

¹⁸ Fenômeno analisado pioneiramente no Brasil por M. Gonçalves Ferreira Fº, *Judicialização da política e politização da justiça*, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, out./dez. 1994. Um desdobramento relevante da questão, em dias atuais, é discutido sob a referência ao ativismo judicial – ver E. da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (2ª ed.). São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹ E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo* (19ª ed., a cura di Fabrizio Fracchia), Milano, 2019, 467.

²⁰ A experiência histórica da Federação brasileira é centralizadora, em detrimento da autonomia de Estados e Municípios, numa postura no mais das vezes confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

²¹ À mesma conclusão não se chega quanto aos juízes em geral. É certo que não se pode generalizar – e até mesmo pode-se supor que não seja o comportamento da maioria –, porém, na primeira instância da jurisdição, encontram-se muitas decisões que frontalmente extrapolam os limites do controle jurisdicional, sendo, no mais das vezes, reformadas pelos tribunais.

²² Com a ressalva de que várias dessas decisões são ainda medidas liminares, por vezes tomadas monocraticamente pelo Ministro relator do processo, ou pelo Presidente do Tribunal, devendo futuramente ser confirmadas pelos demais Ministros. No entanto, um dos casos citados – justamente o que envolve a constitucionalidade da principal lei sobre a pandemia: Lei n. 13.979/20 – já obteve decisão (mesmo que cautelar) do Plenário (ou seja, de todos os Ministros), permitindo-se concluir qual será a postura definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

- Decidindo liminarmente, em «medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade»²³ tendo por objeto a Medida Provisória²⁴ n. 963/20, a qual alterara regras da legislação trabalhista, o Ministro Relator afirmou textualmente em suas razões de decidir que, sem abrir mão de sua função de exercer o controle de constitucionalidade, «o Poder Judiciário, como um todo, e Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19» e que «cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque».
- Julgando uma «arguição de descumprimento de preceito fundamental»²⁵, pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse a administração pública a tomar medidas visando à utilização dos leitos de unidades de tratamento intensivo de hospitais privados durante a pandemia de COVID-19, o Ministro Relator não conheceu a ação (ou seja, entendeu-a de plano processualmente incabível), afirmando que a ação em questão: “não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19”.
- Apreciando a «medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade»²⁶, tendo por objeto diversos dispositivos da própria Lei n. 13.979/20, o Tribunal considerou-os constitucionais, validando a opção do legislador. Nesse julgamento, o Tribunal cuidou ainda de aspectos federativos, afirmando a competência legislativa concorrente dos entes federativos sobre a matéria de proteção à saúde e afirmando que a competência administrativa comum a todos eles permite que o Presidente da República defina por decreto os serviços públicos e atividades essenciais que devam continuar em funcionamento, resguardando-se, porém, a autonomia dos entes locais.
- No julgamento, ainda liminar, de uma «arguição de descumprimento de preceito fundamental»²⁷, pela qual se pretendia que o Tribunal obrigasse o Presidente da República a tomar certas atitudes no âmbito de sua competência e se abstivesse de comportamentos em desacordo com orientações das

²³ ADI-MC n. 6.363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 6.4.2020.

²⁴ Medidas provisórias são atos com força de lei e vigência imediata, editados pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, sujeitos à posterior aprovação pelo Congresso Nacional, aprovação essa que provoca a conversão da medida provisória em lei, tornando seus efeitos permanentes.

²⁵ ADPF n. 671, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 3.4.2020.

²⁶ ADI-MC n. 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 15.4.2020.

²⁷ ADPF n. 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 8.4.2020.

autoridades sanitárias, o Ministro Relator considerou incabível, que o Poder Judiciário determinasse ao Presidente da República a tomada de medidas administrativas específicas – «Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais» – resguardando, no entanto, a competência do Tribunal para a «verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas». Ao mesmo tempo, o Ministro Relator decidiu que: «não compete ao Poder Executivo federal afastar²⁸, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo *Imperial College of London*, a partir de modelos matemáticos (*The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression*, vários autores; *Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID 19 mortality and healthcare demand*, vários autores)».

Aproveito, aliás, a parte final da citação deste último caso, em que o Tribunal invoca artigos científicos como fundamento da decisão, para passar ao tópico final deste ensaio.

5. O destaque para a ciência como fundamento da decisão jurídica

Para encerrar o presente ensaio, vale chamar atenção para a valorização que tem sido dada ao conhecimento científico no momento da crise sanitária.

Um aspecto notório dessa questão – que não parece necessário aqui desenvolver – é a evidente dependência da sociedade em relação à ciência para que se encontrem soluções para a pandemia, em termos de diagnóstico, tratamento e prevenção da COVID-19.

²⁸ Houve um momento em que o Presidente da República verbalizou na imprensa sua intenção de tentar impedir, por meio de atos normativos federais, que governadores de Estados e prefeitos de Municípios adotassem, por atos próprios, medidas administrativas de isolamento social.

Entretanto, um outro aspecto merece ser ressaltado em uma análise de direito: o papel do conhecimento científico como fundamento de validade de decisões jurídicas.

O Poder Legislativo federal (por meio da Lei n. 13.979/20), assim como diversas autoridades estaduais e municipais (por meio de atos normativos que vêm editando)²⁹, consagraram o argumento baseado em conhecimento científico como parâmetro de controle de legalidade.

Com efeito, está previsto no § 1º do artigo 3º da Lei n. 13.979/20: «As medidas previstas neste artigo³⁰ somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública».

Ora, por força desse dispositivo, as autoridades administrativas que aplicam a Lei têm o dever de motivar suas decisões com base em argumentos científicos, o que legitima um controle judicial de legalidade com fundamento na ciência.

O que se tem constatado na prática – novamente invocando a experiência pessoal vivida no Estado de São Paulo – tem sido a tomada de decisões administrativas com fundamento em manifestações de comitês técnico-científicos.

E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem se afirmando no mesmo sentido. Verifiquem-se mais exemplos:

- Em caso³¹ no qual o Presidente do Supremo Tribunal Federal teve de apreciar pedido de «suspensão de segurança»³², reconhecendo a invalidade de um ato municipal (do Município de Teresina) que proibia o funcionamento da planta industrial de certo fabricante de bebidas, sua decisão foi assim fundamentada: «Fácil constatar, assim, que referido decreto carece de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola o mundo, servir de justificativa, para tanto. Não é demais ressaltar que a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados».

²⁹ Em que pese o desprezo que certas autoridades públicas no Brasil – em especial no âmbito do governo federal – manifestam pela ciência, numa atitude que faz atualíssima a análise de Ortega y Gasset quanto ao fenômeno da “rebelião das massas” e da aversão do “homem-massa” à ciência.

³⁰ Já transcritas no tópico 2 deste ensaio.

³¹ SS n. 5.362, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 7.3.2020.

³² Trata-se de expediente processual pelo qual, em situações excepcionais, o Presidente do Tribunal pode, em caso de «potencialidade de ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas», suspender decisões liminares dadas por outros órgãos judiciais numa ação específica dita «mandado de segurança», que é uma ação voltada para combater ilegalidade e abuso de poder de autoridades administrativas.

- Em outros casos de «suspensão de tutela provisória»³³, o Presidente do Supremo Tribunal Federal igualmente fundamentou sua decisão sobre validade de ato de autoridade administrativa em critérios técnico-científicos. Eram casos nos quais se discutiam atos normativos estaduais (do Estado do Maranhão e do Estado da Bahia) que autorizavam agentes sanitários a atuar nos aeroportos estaduais aferindo temperatura de passageiros oriundos de locais atingidos pela COVID-19. A decisão do Tribunal³⁴ afastou a validade dos referidos atos normativos, baseando-se em manifestações técnicas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária: «Entretanto, a gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todas as suas esferas de atuação, sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados. A proposição do requerente foi objeto de contestação, pela ANVISA, órgão técnico, sob o fundamento de que, além da ineficácia ou imprecisão da medida para identificação de pessoas contaminadas, sua execução nas áreas de acesso restrito de aeroportos tem o potencial de gerar aglomeração de pessoas».

Dos exemplos relatados no tópico anterior deste ensaio, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade de atos de maior repercussão – tais como a Lei n. 13.979/20, ou atos normativos estaduais que aplicam as regras de isolamento social –, tem chegado a conclusões que valorizam a opção do legislador e do administrador público, ao mesmo tempo sendo conclusões favoráveis às medidas de proteção à saúde.

No entanto, poder-se-ia especular se o Tribunal teria a mesma deferência com a opção política legislativa ou administrativa caso se tratasse de medidas com o sentido inverso: favoráveis à não restrição de atividades e, portanto, supostamente trazendo riscos à saúde pública.

Ora, os exemplos estudados neste último tópico justamente mostram o Tribunal censurando medidas que aparentemente seriam mais favoráveis à proteção à saúde.

Pode-se supor, portanto, que a autocontenção do Supremo Tribunal Federal foi efetiva, no sentido de não interferir no mérito de decisões legislativas e administrativas compatíveis com a Constituição – e não meramente uma coincidência, na medida em que tais decisões legislativas e administrativas casualmente visassem aos mesmos objetivos que hipoteticamente o Tribunal considerasse desejáveis.

³³ Uma providência processual similar à do exemplo acima referido.

³⁴ STP n. 173, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 10.4.2020. O mesmo argumento consta da STP n. 172, Min. Dias Toffoli (Presidente), julgamento em 8.4.2020.

E o parâmetro dessa autocontenção do Tribunal – preservado o sempre necessário juízo de não contrariedade às normas constitucionais – foi justamente o fundamento técnico-científico das normas jurídicas submetidas ao controle de constitucionalidade.

É uma satisfação especial poder constatar esse fenômeno de valorização da ciência pelo direito, particularmente no âmbito de reflexões produzidas a partir de uma perspectiva acadêmica – e simbolicamente no ambiente da Universidade de São Paulo, cuja divisa é *scientia vincet*.

Fernando Menezes de Almeida - Abstract

Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro

Il contributo analizza gli effetti dell'emergenza sanitaria nella Repubblica Federale del Brasile dal punto di vista del diritto costituzionale e amministrativo.

Reflections on COVID-19 pandemic in the context of the Brazilian legal system

The article examines the impact of the sanitary emergency in the Federal Republic of Brazil under a constitutional and administrative perspective.

Responsabilità, doveri e *coronavirus*: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze “esistenziali”*

Pasquale Pantalone, Maximilian Denicolò

SOMMARIO: 1. Emergenza sanitaria e situazioni giuridiche soggettive: premessa e delimitazione del campo d'indagine. – 2. Il ricorso alla prospettiva dei doveri. – 3. L'inedito assetto istituzionale dell'emergenza e le risposte all'“attacco” progressivo dell'epidemia. – 4. (... *Segue*). La risposta a geometria variabile delle regioni. – 5. Crisi sanitaria, società dei rischi e “paradigma” del governo dell'emergenza. – 6. Situazioni soggettive e stato di “assedio sanitario”. – 7. L'emergenza sanitaria nel prisma dei doveri. – 8. Osservazioni conclusive e ulteriori scenari di ricerca.

1. *Emergenza sanitaria e situazioni giuridiche soggettive: premessa e delimitazione del campo d'indagine*

Secondo un risalente insegnamento, soltanto studiando le situazioni emergenziali ed eccezionali è possibile capire la “normalità”: il caso normale non prova nulla, l'eccezione prova tutto¹.

Per un verso, le gravi emergenze – come quella drammaticamente rappresentata dalla pandemia da *coronavirus* –, idonee a recare un pregiudizio potenzialmente irreversibile all'esistenza stessa di un ordinamento giuridico e della comunità che lo compone, riportano cristallinamente all'attenzione, non solo del giurista, la funzione originaria che assolve ogni forma di organizzazione socio-politica, vale a dire la garanzia di sopravvivenza dei propri consociati. Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo dell'indagine, infatti, le scelte istituzionali per fronteggiare l'emergenza sanitaria, soprattutto nella fase più acuta, sono state adottate secondo una scala discendente di interessi da preservare, al cui apice si collocano la vita e la salute dei singoli componenti della comunità politica di riferimento.

* Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i parr.1, 2, 7 e 8 sono stati curati da Pasquale Pantalone, mentre i parr. 3-6 da Maximilian Denicolò.

¹ C. Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 2015, 21.

Per altro verso, situazioni eccezionali consentono di apprezzare la repentina mutazione delle situazioni giuridiche di cui sono ordinariamente titolari i soggetti dell'ordinamento. In tempi di gravi crisi, le situazioni attive dei diritti e delle libertà si “scarnificano” esibendo la reale ossatura dell'ordinamento, composta da doveri e responsabilità².

Invero, come colto da molti osservatori, la gestione dell'emergenza sanitaria in atto sollecita lo studioso del diritto amministrativo a molteplici riflessioni: dalla rivitalizzazione di alcune categorie giuridiche come la sovranità dello Stato e i suoi elementi costitutivi – cui probabilmente si affianca una parallela riconsiderazione del ruolo del diritto e delle organizzazioni ultrastatali nel fronteggiare problemi di dimensione globale –, allo studio del volto autoritativo dell'amministrazione e dei suoi mezzi, allo stravolgimento delle fonti e delle competenze, al ruolo (più incisivo) dello Stato nell'economia, alla valorizzazione delle risorse digitali, alla centralità dei servizi pubblici essenziali, al ruolo della semplificazione amministrativa, e così via³.

Pare tuttavia che una delle cifre essenziali del problema esaminato, e che a nostro avviso merita una più approfondita analisi, è costituita dal fatto che l'emergenza sanitaria in corso – diversamente da altre occasioni critiche – ha sensibilmente inciso (e tuttora incide) sul piano delle situazioni giuridiche soggettive.

Non si può peraltro trascurare che l'individuazione dell'“indole” delle concrete situazioni in cui i soggetti sono collocati nell'ordinamento ha il pregio di cogliere e selezionare il grado e l'intensità delle varie relazioni che si instaurano tra amministrazione e privati rispetto a un “bene della vita”, consentendo in definitiva di descrivere i caratteri essenziali di un sistema giuridico o di un ambito autonomo del medesimo.

Lo scopo della presente indagine è dunque quello di analizzare l'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione sul territorio nazionale del *coronavirus* nel prisma delle situazioni giuridiche soggettive.

In questa sede, tuttavia, non s'intende tanto ritornare sull'arato terreno dei limiti costituzionali all'ingerenza della pubblica autorità nei diritti e nelle libertà fondamentali in situazioni emergenziali, e porsi dunque sul lato attivo del potere quale peculiare situazione che l'ordinamento assegna ai soggetti pubblici per tracciarne i limiti; ciò che qui, piuttosto, importa indagare è l'indole – molto spesso

² Così F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Dir. econ.*, 3, 2019, 577-578, che rileva come anche le esigenze del mercato e di tenuta dei bilanci appaiono recessive rispetto all'obiettivo primario di garanzia della vita e della salute. Nell'impossibilità di dare conto della pluralità di voci in argomento, ci si limita a osservare che, secondo H. Hart, *The concept of law*, Oxford, 1961, 187 ss., la sopravvivenza della specie umana rappresenta il punto di contatto tra morale e “nucleo minimo del diritto”.

³ Cfr. da ultimo E. Chiti, *‘Questi sono i nodi’. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *lacostituzione.info*, 24 aprile 2020.

trascurata – delle peculiari situazioni giuridiche in cui versano i soggetti dell'ordinamento nelle situazioni di gravi crisi, come quella determinata dalla diffusione dell'epidemia da *Covid-19*.

Ai fini di una più compiuta analisi descrittiva dell'attuale emergenza sanitaria, ci sembra che la ricorrente categoria dei diritti soggettivi sia priva di una sufficiente valenza euristica, o sia comunque recessiva⁴, rispetto a quella che fa perno sulle dimensioni di responsabilità e doverosità che incombono sui titolari e i destinatari dei poteri emergenziali.

A quest'ultima prospettiva metodologica si volgerà pertanto lo sguardo, anche allo scopo di verificare se sia possibile rintracciare nei doveri una potenziale e alternativa modalità di limitazione del potere pubblico che possa ritenersi meritevole di ulteriori occasioni di riflessione. Accanto allo studio del potere (per tracciarne i limiti) e delle situazioni giuridiche attive (per riconoscerne uno spazio incomprimibile di tutela di fronte al potere), infatti, ancora non del tutto esplorato risulta essere il terreno dei doveri, intesi quali peculiari situazioni giuridiche passive di garanzia.

Si può comunque sin d'ora anticipare che, nelle situazioni di gravi crisi in cui può persino essere compromessa la sopravvivenza di un ordinamento, si registra – almeno sul piano meramente descrittivo – un arretramento dei diritti e un parallelo rafforzamento dei doveri⁵. Infatti, se il riconoscimento e la garanzia di libertà e diritti costituiscono primari obiettivi programmatici di un ordinamento moderno⁶, nelle situazioni emergenziali e dinanzi al rischio della sopravvivenza dell'ordinamento medesimo, come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo dell'indagine, i doveri acquisiscono una particolare pregnanza, smarrendo temporaneamente la loro ordinaria forza latente.

L'indagine è naturalmente rivolta ai doveri giuridici⁷, nell'adempimento dei quali l'ordinamento non valuta l'eticità delle intenzioni, ma reputa sufficiente l'a-

⁴ Se si considerano i diritti soggettivi alla stregua di situazioni giuridiche soggettive nelle quali la soddisfazione dell'interesse del loro titolare è immune al potere altrui: cfr. M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, 283.

⁵ Si vuole pertanto cogliere e ulteriormente sviluppare l'intuizione di F. Fracchia *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, cit., 582-583. Una valorizzazione dei doveri è anche affermata da G. De Giorgi Cezzi, *Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?*, in *federalismi.it*, 6, 2020, 209-210.

⁶ Purché si tratti ovviamente di un ordinamento, come il nostro, che si ispiri ai valori che contraddistinguono le democrazie liberali; cfr. ad esempio il Preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America, secondo cui «*We the People of the United States, in Order to [...] secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*».

⁷ Pur essendo consci della rilevanza dell'intrinseca dimensione etica di cui i doveri sono connotati: cfr. E. Betti, voce «Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)», in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965.

dozione di un comportamento concretamente possibile, socialmente riconoscibile e misurabile attraverso parametri prestabiliti di legalità⁸.

2. *Il ricorso alla prospettiva dei doveri*

La prospettiva dei doveri (giuridici), rispetto alla rigidità dei diritti, ha il pregio di essere provvista di un certo grado di flessibilità, anche perché ai doveri non necessariamente corrispondono altrui diritti⁹. Le posizioni di responsabilità possono pertanto risultare variamente differenziate e gradate, consentendo operazioni di “bilanciamento” che agevolano la ricerca di un equilibrio¹⁰.

Riprendendo note e autorevoli classificazioni¹¹, nel *genus* dei doveri giuridici¹², infatti, rientrano anche i «doveri in senso stretto», i quali, non avendo oggetti singolarmente determinati e non risolvendosi in pretese verso altri soggetti, «non sono elementi di rapporti giuridici». Oltre a questi, vi sono gli «obblighi», più comunemente usati nel linguaggio normativo, che si esplicano nell’ambito di determinati rapporti giuridici e a cui sono correlati diritti soggettivi¹³. Sebbene i doveri in senso stretto non siano correlati a diritti altrui, ciò non esclude che vi corrispondano – senza che si instauri peraltro un vero e proprio rapporto giuridico – altre e differenti posizioni attive, come gli interessi, a tacere poi dell’intreccio con i poteri e, in particolare, con quelli che hanno la funzione di assicurarne l’adempimento. Doveri e potere possono talora unirsi e accentrarsi in capo a un unico soggetto, sicché il primo diviene elemento caratterizzante del secondo: questo è il tipico caso della funzione amministrativa¹⁴.

⁸ E. Betti, voce «Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)», cit. Al riguardo, cfr. altresì U. ScarPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, in *Riv. filosofia*, 1972, 291 ss.

⁹ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, ed. 1984, 91 ss. Ciò vale sia per i rapporti di diritto pubblico, sia per quelli di diritto privato.

¹⁰ Parte della dottrina ha ritenuto che le dimensioni della doverosità e della responsabilità siano le più appropriate per definire i caratteri della disciplina ambientale: al riguardo, v. *ex multis*, G. Morbidelli, *Il regime speciale dell’ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1121 ss.; F. Fracchia, *Principi ambientali e solidarietà. Spunti in tema di delimitazione della materia ambientale*, in D. Amirante (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, 215.

¹¹ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 104-105.

¹² Da intendersi secondo S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 160, quali «vincol(i) della volontà», al contrario dei diritti che esprimono, invece, la «signoria della volontà». Secondo V. Frosini, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 126, il dovere giuridico consiste in «un’azione strutturata come un comportamento di obbedienza giuridica».

¹³ Ci si riferisce, invece, alle «obbligazioni» quando il rapporto giuridico instaurato ha carattere patrimoniale: v. S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 104-105. Differente è la posizione di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1970, 501 ss., secondo cui l’obbligo consisterebbe in un comportamento imposto dall’ordinamento nei confronti di un oggetto determinato, mentre il dovere riguarderebbe un oggetto indeterminato o indeterminabile.

¹⁴ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 106 ss.

Se la prestazione oggetto del dovere non è imposta a tutela di un interesse altrui, ma è funzionale in modo esclusivo o prevalente alla realizzazione di un interesse proprio, al fine di conseguire un vantaggio o di evitare un pregiudizio, si parla più propriamente di onere¹⁵.

Guardando comunque al versante dei privati, in ordine al contenuto, i doveri (come gli obblighi) possono essere positivi (di fare o di dare) o negativi (di non fare), funzionali o non funzionali alla realizzazione di determinati interessi. In ordine al soggetto, i doveri – contrariamente agli obblighi – sono di regola generali, personali e intrasmissibili, nel senso che spettano a tutti coloro che hanno una data capacità, o una data qualità, oppure si trovano in certe posizioni o condizioni¹⁶.

A partire dall'affermazione dello Stato liberale, nei rapporti di diritto pubblico, i doveri hanno assunto una più marcata valenza istituzionale, "trasformandosi" in situazioni soggettive di vincolo specificative del c.d. "obbligo politico", vale a dire del legame del reciproco consenso che caratterizza il senso dell'appartenenza a una comunità politica. L'obiettivo, in particolare, era quello di fissare i limiti, costituzionalmente ammissibili, dell'ingerenza dei pubblici poteri nelle libertà individuali attraverso la definizione del contenuto delle prestazioni "imposte": dal generale obbligo di osservanza delle leggi sono stati dunque enucleati i doveri di prestazione tributaria, di prestazione del servizio militare, di fedeltà allo Stato, di prestazione personale di lavoro¹⁷.

Dalla Costituzione di Weimar in poi, ai doveri "tradizionali" dello Stato liberale si sono aggiunti quelli implicitamente enunciati come clausole generali di doverosità, i quali, pur senza determinarne una sorta di funzionalizzazione imminente o comunque un limite implicito, hanno svolto anche la funzione di accompagnare e qualificare talune «configurazione(i) astratt(e) di modi paradigmatici di esercizio di situazioni soggettive, che nelle costituzioni liberali erano configureate inequivocabilmente in termini di diritti» (es. la proprietà)¹⁸.

L'accresciuta complessità dello Stato e le composite esigenze che i pubblici poteri sono stati chiamati a soddisfare hanno indotto a riconsiderare la configurazione dei doveri: da un lato, sono stati confermati i tradizionali doveri (in senso proprio) degli individui verso lo Stato, che hanno dato linfa, presidiandolo, all'obbligo politico di matrice liberale (tra cui i doveri di fedeltà, di obbedienza, di prestazione tributaria, di difesa della patria); dall'altro, sono stati previsti i doveri (*recte* le competenze) degli organi e, soprattutto, quelli dei titolari degli organi medesimi. Questi ultimi, in particolare, in ragione delle ricadute esterne

¹⁵ E. Betti, voce «Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)», in *Enc. Dir.*, cit.

¹⁶ S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 108 ss.

¹⁷ G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost.)», in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002; Id., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

¹⁸ Così G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost.)», cit.

(dirette e indirette) che presentavano, hanno espresso il legame di tipo *top-down* dello Stato nei confronti della società civile¹⁹.

I singoli doveri riconosciuti dalla Costituzione del 1948²⁰, invero, traggono il loro fondamento dalla clausola generale di doverosità di cui all'art. 2, Cost., la quale «svolge una funzione di integrazione sociale e contribuisce perciò a garantire un minimo livello di omogeneità nella compagine sociale, ancorché pluralista e frammentata»²¹. Non a caso, il principio solidaristico a cui la clausola di doverosità è indissolubilmente correlata, è posto tra i «valori fondanti dell'ordinamento giuridico» e a garanzia della «convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»²².

La clausola di doverosità, tuttavia, non specifica il «verso» del vincolo, sicché è possibile configurare non soltanto un'efficacia verticale bidirezionale (*bottom-up* e *top-down*) dei doveri di solidarietà tra Stato e società civile²³, ma anche un'efficacia orizzontale tra i singoli e/o le formazioni sociali²⁴.

I doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, infatti, sono riferiti a tutti i soggetti (privati e pubblici)²⁵ che sono chiamati, a vario titolo e secondo differenti gradi di intensità, a prestare appoggio, sostegno, aiuto, ovvero a condividere, nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, di disagio, di sofferenza, nelle quali possano trovarsi determinati individui, alcune categorie di essi o, più in generale, l'intera collettività²⁶.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Cfr., ad esempio, i doveri espressamente previsti dagli artt. 4, 30, 48, 52 e 54, Cost., nonché quelli implicitamente previsti negli artt. 30, comma 1, 32, comma 2, 33, 34, comma 2, 53.

²¹ E. Rossi, *Commento all'art. 2*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

²² Cfr. Corte cost. n. 75/1992. Corte cost. n. 114/2019 ha di recente rammentato che «nell'architettura dell'art. 2 Cost. l'adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno». Secondo Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 28 novembre 2011, n. 1671, il principio di solidarietà assurge ad «ago valoriale di riferimento per operare il necessario bilanciamento con i diritti riconosciuti ai singoli dalla nostra carta costituzionale e con gli altri principi fondanti della stessa». In dottrina, cfr. F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, 2007, 3 ss.

²³ Si pensi, ad esempio, in un'ottica *bottom-up*, al dovere tributario: cfr. Corte cost. n. 288/2019. V. anche Corte cost. nn. 107/2018, 260/2000; 51/1992. In dottrina, sul concetto di solidarietà biunivoca applicato ai servizi sociali, cfr. V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 51 ss., 72 ss. e 275 ss.

²⁴ G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost)», cit.

²⁵ Secondo F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, ed. riveduta e aggiornata a cura di L. Benvenuti, Padova, 1996, 47 ss., «la Repubblica corrisponde [...] allo Stato-comunità. Si tratta, in realtà, di un insieme dato di tutti i soggetti, dotati di personalità giuridica, e di tutte le società o associazioni o organismi non dotati di personalità giuridica che agiscono nell'ambito dello stesso ordinamento».

²⁶ Secondo E. Rossi, *Commento all'art. 2*, cit., si tratta dell'assolvimento di tutti quei doveri che l'appartenenza ad una società richiede sul piano, prima ancora che giuridico, morale e politico. Cfr. Cons. giust. amm., 25 luglio 2017, n. 343. La disposizione costituzionale non esclude la previsione di ulteriori doveri purché questi esprimano interessi e valori costituzionalmente tutelati: così E. Rossi, *Commento all'art. 2*, cit.

Oggi, soprattutto, il contenuto dei doveri di solidarietà corrisponde all'esigenza di farsi carico dei bisogni delle generazioni presenti più deboli o svantaggiate e di quelle future, al fine di assicurare la sopravvivenza della comunità di appartenenza e lo sviluppo della persona umana²⁷. Di qui la saldatura funzionale col principio di eguaglianza sostanziale espresso nell'art. 3, comma 2, Cost.²⁸.

In ossequio a principi di legalità e di riserva di legge²⁹, i doveri costituzionali si "appoggiano" alle fonti sub-costituzionali per la configurazione strutturale del comportamento doveroso, per l'individuazione della sanzionabilità dello stesso e del relativo procedimento, nonché per l'accertamento della violazione del dovere e l'irrogazione della sanzione. Incombe pertanto in capo al legislatore ordinario un duplice vincolo, in positivo, a precisare le condotte doverose funzionali alla realizzazione del principio di solidarietà o di altri interessi costituzionalmente protetti³⁰ e, in negativo, a impedire allo stesso di eliminare dall'ordinamento i doveri (inderogabili) previsti dalla Costituzione³¹.

Occorre, inoltre, tener presente che il principio di solidarietà non comprende soltanto l'area degli «obblighi normativamente imposti», ma anche l'ampio spettro dei doveri attivati su base volontaria, in quanto la complessiva vocazione personalista dell'ordinamento induce la persona ad agire «non solo per imposizione di una autorità, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»³².

3. *L'inedito assetto istituzionale dell'emergenza e le risposte all'"attacco" progressivo dell'epidemia*

Prima di scrutinare la plausibilità della tesi proposta, cioè che – in situazioni di grave crisi ordinamentale come quella determinata dalla diffusione del con-

²⁷ Secondo E. Betti, voce «Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)», cit., «[...] dall'un lato, si ricomprende nell'*officium* il dovere di assistere e soccorrere altri esseri umani, dagli stretti congiunti agli uomini tutti, dall'altro si esprime con l'*officium* il complesso dei doveri che incombono (e dei correlativi poteri che spettano), in posizioni differenziate, a quanti siano investiti di un compito di protezione e di responsabilità nell'interesse di singoli o della società intera organizzata nella *res publica*». Si è anche opportunamente parlato in tal senso di «una sorta di sussidiarietà dei doveri»: G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost.)», cit.

²⁸ Al riguardo, v. E. Rossi, *Commento all'art. 2*, cit., il quale evidenzia come la lettura sistematica delle due disposizioni costituzionali contribuisca a superare la dicotomia tra solidarietà orizzontale e verticale, senza che venga meno la responsabilità dello Stato e delle istituzioni pubbliche nel garantire effettività ai diritti riconosciuti. Cfr. altresì F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, cit., 31 ss.

²⁹ Cfr., in particolare, l'art. 23, Cost., secondo cui «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».

³⁰ Si pensi, tra tutti, all'ambiente: al riguardo, v. F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, spec. 107 ss.

³¹ G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost.)», cit.

³² Cfr., da ultimo, Corte cost. n. 171/2018, in riferimento al servizio civile. V. anche Corte cost. n. 228/2004 e n. 75/1992. Sul tema, cfr. F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, cit., 39 ss.

tagio da *Covid-19* – l'ossatura dell'ordinamento è composta dai doveri e dalle responsabilità, occorre brevemente inquadrare, sotto il profilo fattuale e giuridico, il fenomeno oggetto della nostra analisi.

Al riguardo, si procederà pertanto a un censimento dei principali strumenti giuridici che compongono l'attuale "arsenale" normativo e amministrativo che è stato apprestato per rispondere al violento "attacco" dell'epidemia. Occorre tuttavia anticipare che il susseguirsi alluvionale di atti normativi, ordinanze, decreti, circolari, linee guida, e così via, adottati ai vari livelli di governo, ha reso l'assetto normativo e amministrativo di gestione dell'emergenza sanitaria estremamente confuso e, pertanto, di difficile "messa a sistema".

La fase emergenziale è stata istituzionalmente aperta con la dichiarazione dello stato d'emergenza, adottata dal Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 1/2018 (c.d. "Codice della protezione civile")³³. A essa è seguita una prima ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile, a mezzo della quale è stato predisposto il sistema organizzativo e di coordinamento degli interventi necessari per fronteggiare l'epidemia³⁴, nonché prevista l'istituzione di un Comitato tecnico scientifico quale organo consultivo del Capo del Dipartimento della protezione civile³⁵.

³³ Cfr. Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Tale dichiarazione è stata assunta sul presupposto che il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione mondiale della sanità aveva dichiarato l'emergenza internazionale di salute pubblica per il *coronavirus* e che, dunque, sussistevano rischi per l'incolumità pubblica e privata in Italia che necessitavano di una immediata azione di previsione e prevenzione. Si tratta pertanto di un'attivazione della protezione civile in chiave preventiva, ossia nell'imminenza di uno degli eventi emergenziali di cui all'art. 7, comma 1, lett. c), del d.lgs. 1/2018 (cfr. art. 24 comma 1). Occorre, invero, rammentare che già prima di siffatta dichiarazione, erano stati precauzionalmente adottati provvedimenti volti, da un lato, a limitare il traffico aereo da Paesi in cui si erano verificate trasmissioni autotone del *Covid-19* e, dall'altro lato, a imporre specifici doveri ai soggetti rientranti da tali zone: cfr. le ordinanze del Ministro della salute del 25, 27 e 30 gennaio 2020.

³⁴ Cfr. Ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020 «Coordinamento degli interventi, Comitato tecnico scientifico, Deroghe, Procedure di approvazione dei progetti, Trattamento dati personali, Clausola di salvaguardia delle Province autonome di Trento e Bolzano, Copertura finanziaria». Tale ordinanza ha previsto, tra l'altro, la possibilità per il Capo del Dipartimento della protezione civile di procedere alla requisizione di beni mobili ed immobili e di adottare ordinanze in deroga ad un'ampia gamma di disposizioni, col consueto limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei vincoli discendenti dall'ordinamento comunitario. Le funzioni e i poteri della protezione civile sono stati ampliati successivamente con l'Ocdpc n. 638 del 22 febbraio 2020, nonché con l'Ocdpc n. 655 del 25 marzo 2020. Per quanto concerne il modello d'intervento piramidale e a rete della protezione civile si vedano anche le «Misure operative di protezione civile per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 del 4 marzo 2020».

³⁵ Il Comitato tecnico scientifico è stato di seguito istituito con Decreto del Capo Dipartimento della protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020, che ha attribuito al comitato in questione il compito di «garantire il necessario supporto tecnico alle attività da porre in essere per la realizzazione degli obiettivi previsti [dall'Ocdpc n. 630 del 3 febbraio 2020]».

In seguito al concretizzarsi di un reale rischio sanitario in alcune regioni dell'Italia settentrionale, su indicazione del Comitato tecnico scientifico³⁶, il Ministro della salute, il 21 febbraio 2020³⁷, ha imposto alle Autorità sanitarie territorialmente competenti di applicare la misura della c.d. quarantena con sorveglianza attiva, per quattordici giorni, agli individui entrati in contatti stretti con casi confermati di *Covid-19*³⁸.

In pari data, preso atto dell'accertamento di alcuni casi di infezione presso gli ospedali di Codogno e Lodi e dell'emersione di un *cluster* di infezioni in altri comuni della Lombardia, il Ministro della salute ha adottato ulteriori misure di contenimento nei territori interessati³⁹, tra cui la sospensione delle attività scolastiche di ogni ordine e grado e di gran parte delle attività commerciali e produttive⁴⁰. Il giorno successivo, il Ministro della salute, d'intesa con il Presidente della Regione Veneto, ha disposto misure analoghe per alcuni comuni del Veneto, ove erano parimenti emersi dei *cluster* di infezioni⁴¹.

L'aggravarsi della situazione in Lombardia e Veneto, unito al crescente pericolo di un'estensione del rischio sanitario all'intero territorio nazionale, ha spinto il Governo all'adozione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6⁴² (che, come si vedrà, è stato successivamente abrogato quasi integralmente e sostituito dal d.l. 15 marzo 2020, n. 19), con il quale è stato delineato un peculiare e inedito assetto di gestione dell'emergenza ove il Governo e, in particolare, il Presidente del Consiglio dei Ministri hanno assunto un ruolo centrale⁴³.

³⁶ Si delinea pertanto il *trend* da parte del Governo di ricorrere al supporto del Comitato tecnico nonostante quest'ultimo sia stato previsto solamente con riferimento al Dipartimento della protezione civile. Al riguardo v. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in L. Cuocolo (a cura di), *Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 18 marzo 2020. I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata in federalismi.it*, 31 marzo 2020.

³⁷ Cfr. Ordinanza del Ministro della salute del 21 febbraio 2020, recante «Ulteriori misure profilattiche contro la diffusione della malattia infettiva COVID-19». Sulle nozioni di «caso confermato» e «caso sospetto e probabile», cfr. la Circolare del Ministero della Salute del 27 gennaio 2020 «Polmonite da nuovo coronavirus (2019 nCoV) in Cina».

³⁸ Al riguardo, v. G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *ConsultaOnline*, 1, 2020.

³⁹ Nello specifico, i Comuni interessati erano quelli di Codogno, Castiglione d'Adda, Casalpusterlengo, Fombio, Maleo, Somaglia, Bertinico, Terranova dei Passerini, Castelgerundo e San Fiorano.

⁴⁰ Cfr. Ordinanza del Ministro della salute del 21 febbraio 2020 recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». La circolare del Ministero dell'Interno del 22 febbraio 2020 ha qualificato queste misure come misure di carattere precauzionale.

⁴¹ Cfr. Ordinanza del Ministro della salute del 22 febbraio 2020, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Questa ordinanza si riferiva invece ai Comuni di Vò e Mira, nonché agli Ospedali Riuniti Padova Sud ed all'Ospedale di Mirano.

⁴² Cfr. d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19», convertito con modifiche nella l. 5 marzo 2020, n. 13.

⁴³ L'accentramento delle competenze in capo al Governo è stato qualificato dalla dottrina, in assenza dell'attivazione dell'art. 120, Cost., quale chiamata in sussidiarietà. Sul punto, L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, cit., 27.

In particolare, l'art. 1, comma 1, del d.l. 6/2020 ha previsto la possibilità di adottare, nei limiti dell'adeguatezza e proporzionalità, una serie di misure di contenimento "tipizzate"⁴⁴ nei comuni o nelle aree nei quali si fosse verificato almeno un caso di contagio "autoctono" da *Covid-19*. Tale elenco di misure di contenimento è stato completato dall'art. 2 del decreto legge citato, ai sensi del quale «le autorità competenti, con le modalità previste dall'articolo 3, commi 1 e 2⁴⁵, (avrebbero potuto) adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dei casi di cui all'articolo 1, comma 1»⁴⁶. La norma di chiusura, dunque, ha consentito non soltanto l'adozione di misure diverse da quelle elencate dall'art. 1, ma anche il loro impiego con riferimento ad aree non ancora colpite dal *Covid-19*⁴⁷.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d.l. citato, le misure avrebbero dovuto essere adottate con DPCM⁴⁸, seguendo uno specifico procedimento che, al fine di preservare la sfera di autonomia delle Regioni, ha coinvolto sia il livello ministeriale, sia gli esponenti di governo regionali⁴⁹. Tuttavia, il comma 2 della disposizione richiamata ha fatto salva, in casi di estrema necessità e urgenza e nelle more dei relativi DPCM, l'adozione di misure di contenimento da parte

⁴⁴ Tra le misure elencate dall'art. 1 rientravano, a titolo d'esempio, il divieto di allontanamento dal comune, il divieto d'accesso al comune, la sospensione di manifestazioni di qualsiasi natura, l'applicazione della quarantena con sorveglianza attiva a determinate categorie di individui, la chiusura o limitazione delle attività commerciali e produttive.

⁴⁵ Mentre l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 6/2020 ha definito il procedimento di adozione delle misure di contenimento, il comma 2 del medesimo articolo ha fatto salvi, a determinate condizioni, i poteri di ordinanza delle Regioni e dei Comuni. Su entrambi i punti, in seguito, si ritornerà più nel dettaglio.

⁴⁶ Sulle ulteriori misure adottabili, v. Tar Marche, sez. I, decr. pres. 27 febbraio 2020 n. 56, secondo il quale «tali misure non possono essere altrettanto invasive, sia per intensità sia per latitudine, rispetto a quelle giustificate dalla presenza di un focolaio di infezione; in altri termini, la possibilità di adottare misure "ulteriori" va, in via sistematica, riferita ad interventi che comportino un sacrificio minore delle libertà individuali, rispetto a quelli previsti dall'art. 1 del cit. D.L. n. 6». Al riguardo v. anche A. Bartolini, *Torna il coprifuoco? Alcune riflessioni sul DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri) coronavirus dell'8 marzo 2020*, in *ridiam.it*, 14 marzo 2020, 6.

⁴⁷ Sulla possibilità di adottare misure di contenimento anche in aree non ancora colpite, cfr. ancora Tar Marche, decr. pres. n. 56/2020.

⁴⁸ La dottrina tende a ricondurre i DPCM adottati in base all'art. 3, comma 1, del d.l. n. 6/2020 ai poteri di ordinanza contingibili e urgenti. Al riguardo v. B. Caravita, *Editoriale: L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 6, 2020, 5, nonché M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato, 18 marzo 2020, 5.

⁴⁹ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, i DPCM dovevano essere adottati «sentiti il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale». Sulla necessità di prevedere un'intesa con i Presidenti delle regioni competenti ovvero con il Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome per garantire un'adeguata tutela della sfera di autonomia delle Regioni, v. A. Bartolini, *Torna il coprifuoco? Alcune riflessioni sul DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri) coronavirus dell'8 marzo 2020*, cit., 4.

del ministro della Salute, delle Regioni e dei Sindaci⁵⁰. La funzione di vigilanza sull'esecuzione delle misure è stata, invece, attribuita ai Prefetti, i quali avrebbero potuto avvalersi, ove necessario, anche del personale delle Forze armate⁵¹.

Il sistema di gestione dell'emergenza sommariamente descritto si è posto al di fuori dalla cornice degli "ordinari" strumenti emergenziali previsti dall'ordinamento, quali i poteri assegnati al sistema di protezione civile e le ordinanze contingibili e urgenti in materia sanitaria. Al riguardo, infatti, è stato rilevato come il Governo avesse adottato una terza e inedita via⁵², sulla cui legittimità costituzionale una parte della dottrina⁵³ ha mosso talune critiche, censurando in particolare la formulazione eccessivamente vaga e indeterminata dell'art. 2 cit., tale da rendere la norma un vero e proprio rinvio "in bianco"⁵⁴. Così come sono stati sollevati dubbi di compatibilità col sistema delle riserve di legge dell'ampio ricorso dell'Esecutivo allo strumento del DPCM per imporre misure restrittive delle libertà dei cittadini⁵⁵.

In attuazione del nuovo ed eccezionale assetto giuridico, il 23 febbraio 2020 è stato adottato un primo DPCM⁵⁶, mediante il quale sono state previste misure di contenimento per alcuni comuni delle regioni Veneto e Lombardia (c.d. "Zona rossa")⁵⁷.

⁵⁰ Sul punto, l'art. 3 richiamava l'art. 32 della l. n. 833/1978, l'art. 117 del d.lgs. n. 112/1998 e l'art. 50 del d.lgs. n. 267/2000.

⁵¹ In caso di mancato rispetto delle misure, sono state previste, salvo che il fatto non costituisse più grave reato, le sanzioni di cui all'art. 650 c.p.

⁵² Al riguardo v. M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 4 e 6 che sul punto rileva come «i dispositivi normativi vigenti sono stati pensati per emergenze di rilievo nazionale, ma non tali da pregiudicare la sicurezza di tutto il territorio nazionale. Rispetto a un rischio "totale" il Governo ha preferito adottare un apparato normativo accentrato, che consentisse di assumere decisioni unitarie senza "interferenze" territoriali».

⁵³ *Ibid.*, 8.

⁵⁴ Invero, la citata disposizione si configura come una vera e propria delega "in bianco" (*recte* auto-delega) al Governo dei poteri necessari per fare fronte all'emergenza *Covid-19*. Sul punto v. G. Azzariti, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2020, secondo il quale l'attuale situazione equivale a una «autoassunzione di un potere *extraordinem* che si legittima per via di necessità». Al riguardo, osservazioni critiche sono svolte anche da E.C. Raffiotta, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritto, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 18 marzo 2020 e G. Tropea, *Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea, in federalismi.it*, Osservatorio emergenza *Covid-19*, 18 marzo 2020, che richiama Corte Cost., n. 115/2011.

⁵⁵ Cfr. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, cit., *passim*.

⁵⁶ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 febbraio 2020, recante «Disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».

⁵⁷ L'allegato 1 elencava i comuni appartenenti alla c.d. "Zona rossa". Successivamente sono state adottate ulteriori misure per la c.d. "Zona rossa" con l'Ocdpc n. 642 del 29 febbraio 2020, «Sospensione dei mutui» nonché, rispettivamente, con riferimento all'intero territorio della Regione Lombardia e della Regione Veneto, con l'Ordinanza del Ministro della salute del 23 febbraio 2020, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Regione Lombardia» e con l'Ordinanza del Ministro della salute del 23 febbraio 2020, recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Regione Veneto». Simili misure venivano anche adottate con

Il 1° marzo 2020⁵⁸, tenuto conto delle indicazioni del Comitato tecnico scientifico, il Governo ha tra l'altro istaurato un nuovo regime "a zone" per mezzo di un secondo DPCM, con il quale, per i comuni della c.d. "Zona rossa"⁵⁹, hanno trovato conferma le misure già in precedenza disposte; per la c.d. "Zona gialla"⁶⁰, sono state stabilite misure meno restrittive, quali ad esempio la sospensione delle attività sportive e l'apertura di bar ed esercizi commerciali, previa adozione di determinate misure di precauzione; per altre aree⁶¹, si è prevista l'adozione di misure aggiuntive rispetto a quelle previste per la c.d. "Zona gialla"; infine, sull'intero territorio nazionale sono state adottate misure di informazione e prevenzione, allo scopo di "raccomandare" a tutti i cittadini il rispetto di una serie di regole igienico-sanitarie⁶² e di imporre al personale sanitario di attenersi alle «appropriate» misure di prevenzione previste dall'Organizzazione mondiale della sanità.

In considerazione dell'ulteriore aggravarsi del rischio sanitario, tra il 4 e l'8 marzo 2020, talune misure limitative sono state estese all'intero territorio nazionale⁶³, tra cui la sospensione delle attività didattiche presso gli istituti d'istruzione di qualsiasi livello (a eccezione dei corsi connessi con l'esercizio di professioni sanitarie e quelli per i medici in formazione specialistica). Si è altresì proceduto ad un'ulteriore limitazione delle libertà individuali e, in particolare, della libertà di circolazione⁶⁴. Il nuovo decreto, infatti, ha introdotto misure di contenimento graduate sempre secondo una logica "per zone" e per categorie di destinatari.

riferimento alle Regioni Liguria, Friuli Venezia-Giulia, Piemonte ed Emilia-Romagna. A tali ordinanze, infine, è seguito il DPCM del 25 febbraio 2020.

⁵⁸ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 1° marzo 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Con l'adozione di questo DPCM i DPCM del 23 e 25 febbraio 2020 hanno cessato di produrre effetti.

⁵⁹ Tali comuni sono stati elencati nell'allegato 1 al DPCM e comprendevano nella Regione Lombardia i comuni di Bertinico, Casalpusterleno, Castelgerundo, Castiglione D'Adda, Codogno, Fombio, Maleo, San Fiorano, Somaglia e Terranova dei Passerini nonché nella Regione Veneto il Comune di Vò.

⁶⁰ La c.d. "Zona gialla" è stata definita dall'allegato 2 e comprendeva le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto nonché le Province di Pesaro-Urbino e Savona.

⁶¹ Le aree erano elencate nell'allegato 3 e comprendevano le Province di Bergamo, Lodi, Piacenza e Cremona.

⁶² Le regole igienico-sanitarie sono state elencate nell'allegato 4 e raccomandavano, tra l'altro, di lavarsi spesso le mani, evitare il contatto ravvicinato con persone affette da infezioni respiratorie acute, non toccarsi occhi, naso e bocca con le mani.

⁶³ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 marzo 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale» e Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'8 marzo 2020 recante «Ulteriori misure per il contenimento e il contrasto del diffondersi del virus Covid-19 sull'intero territorio nazionale». Con l'adozione di questo DPCM i DPCM del 1° e 4 febbraio 2020 hanno cessato di produrre effetti. Il medesimo giorno è stato anche adottato il d.l. 8 marzo 2020, n.11 recante «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria».

⁶⁴ Su tale materia, coperta di riserva di legge assoluta e rafforzata, il DPCM ha inciso in base alla norma di chiusura di cui all'art. 2 del d.l. n. 6/2020 e pertanto in assenza di un'idonea copertura di legge sollevando

Più specificamente, per la regione Lombardia e una serie di province dell'Italia settentrionale⁶⁵, sono state previste le seguenti misure (art. 1): con riferimento a tutti i cittadini, si è stabilito di «evitare» ogni spostamento in entrata e in uscita dai territori relativi, nonché all'interno dei medesimi⁶⁶, salvo che per una serie di ragioni tassativamente elencate⁶⁷; con riferimento ai soggetti con sintomatologie da infezione respiratoria, si è «fortemente raccomandato» di rimanere presso il proprio domicilio e di ridurre al massimo i contatti sociali; infine, con riferimento alle persone sottoposte alla quarantena o risultanti positivi al virus, si è disposto un «divieto assoluto» di mobilità⁶⁸.

Il medesimo decreto ha altresì previsto misure di informazione e prevenzione sull'intero territorio nazionale, tra le quali la raccomandazione a tutte le persone anziane e a quelle affette da patologie croniche o immunodepresse di evitare di uscire dalla propria abitazione (salvo casi di stretta necessità) e la raccomandazione rivolta alla generalità dei consociati di «limitare, ove possibile, gli spostamenti delle persone fisiche ai casi strettamente necessari»⁶⁹. È stato al riguardo richiamato il senso di responsabilità dei singoli cittadini, quale leva indispensabile per la lotta al *Covid-19*⁷⁰.

Il 9 marzo 2020, il governo ha esteso a tutto il territorio nazionale le disposizioni più restrittive previste dal DPCM 8 marzo 2020⁷¹.

non pochi profili di criticità sotto il punto di vista della legittimità costituzionale dell'intervento. Al riguardo v. M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, cit., 8-9.

⁶⁵ L'art. 1 si riferiva nello specifico alle le province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbanò-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia

⁶⁶ Nell'immediato, tale punto ha suscitato grandi incertezze in quanto non risultava chiaro se il sostanziale divieto di spostamento fosse riferito ai soli spostamenti tra comuni o anche a quelli all'interno del medesimo comune.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a), le ragioni che potevano giustificare gli spostamenti delle persone fisiche erano: (i) comprovate esigenze lavorative; (ii) motivi di salute; (iii) situazioni di necessità; nonché (iv) il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza

⁶⁸ A tali misure si aggiungevano ulteriori misure restrittive in materia di attività di ristorazione/bar e commerciali.

⁶⁹ Inoltre, l'art. 2 del DPCM ha imposto per l'intero territorio nazionale ulteriori misure quali la sospensione delle manifestazioni e degli eventi, privati e pubblici, di qualsiasi natura, restrizioni all'esercizio delle attività di ristorazione/bar e agli esercizi commerciali e la sospensione delle attività d'istruzione di qualsiasi livello.

⁷⁰ Cfr. Direttiva ai Prefetti del Ministro dell'interno dell'8 marzo 2020 «Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 marzo 2020, recante misure urgenti per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». Sempre in un'ottica di responsabilizzazione e di maggiore informazione, il Governo ha istituito sul proprio sito istituzionale una sezione dedicata alle c.d. FAQ relative alle misure, le quali, non di rado, hanno suscitato problemi interpretativi.

⁷¹ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 9 marzo 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale». Ciò anche e soprattutto in ragione dell'«esodo» dalle zone interessate dalle misure più restrittive, che ha indotto molte regioni meridionali a disporre per gli individui rientranti nei rispettivi territori la misura della permanenza domiciliaria fiduciaria. Tale situazione di confusione e attivismo locale ha spinto il Governo a estendere a tutto il territorio nazionale le disposizioni più restrittive ex art. 1 del DPCM 8 marzo 2020.

Dopo la generalizzata limitazione della libertà di circolazione su tutto il territorio nazionale, l'11 marzo 2020 lo stato d'emergenza sanitario si è ulteriormente intensificato con l'adozione di un ulteriore intervento⁷², con il quale sono state in particolare sospese tutte le attività commerciali (a eccezione della vendita di generi alimentari e dei beni di prima necessità⁷³) e gran parte delle attività di ristorazione. Inoltre, è stato raccomandato il massimo utilizzo dello *smart working* con riguardo alle attività produttive e professionali, nonché disposta la sospensione dei reparti non indispensabili alla produzione e l'assunzione di protocolli di sicurezza anti-contagio.

A tacere del progressivo proliferare anche di ordinanze sindacali e regionali che hanno spesso recato misure ben più incisive di quelle previste a livello nazionale⁷⁴, tra il 19 e il 22 marzo 2020, il Ministro della salute ha adottato una serie di provvedimenti⁷⁵ con cui è stato vietato «a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati in comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute».

Sulle predette ordinanze, infine, si è innestato un nuovo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri adottato il 22 marzo 2020⁷⁶, che ha segnato in

⁷² Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale». Ai sensi dell'art. 2, le norme incompatibili contenute nei DPCM del 8 e 9 marzo 2020 hanno cessato di produrre effetti. Tale disposizione, tuttavia, ha costituito fonte di molte incertezze applicative, come è emerso ad esempio con riguardo alla permanenza o meno del divieto di apertura nei giorni festivi dei centri commerciali. Su tale punto sono dovuti intervenire, nell'arco di solo due giorni, la Circolare del Ministero dell'Interno del 12 marzo 2020, una FAQ del Governo e la Circolare del Ministero dell'Interno del 14 marzo 2020.

⁷³ I beni di prima necessità sono stati individuati nell'allegato 1 al DPCM 11 marzo 2020.

⁷⁴ Su cui v. più diffusamente par. 4. Tra i tanti provvedimenti, si possono sin d'ora menzionare i seguenti a titolo esemplificativo: (i) l'ordinanza del Sindaco del Comune di Buccinasco n. 10 del 19 marzo 2020, che ha disposto, tra l'altro, il divieto di stazionamento in tutte le aree pubbliche ad eccezione di quelle nella prossimità degli esercizi commerciali, nonché il divieto di utilizzare le panchine e le piste ciclabili nel territorio comunale; (ii) l'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 6 del 19 marzo 2020, che ha limitato le uscite per gli acquisti essenziali a una sola volta al giorno e a un solo membro del nucleo familiare e ha vietato lo svolgimento di qualsiasi attività motoria o sportiva all'aperto; (iii) l'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37 del 20 marzo 2020, che ha vietato lo svolgimento di attività sportive e motorie, se non nell'immediata vicinanza della propria abitazione e in ogni caso a distanza non superiore a 200 metri.

⁷⁵ Cfr. Ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020 recante «Ulteriori misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale», con la quale sono stati vietati l'accesso ai parchi e ai giardini pubblici, lo svolgimento di attività ludica e ricreativa all'aperto e lo spostamento nei giorni festivi verso abitazioni diverse da quella principale. Cfr. altresì l'Ordinanza del Ministro della salute del 22 marzo 2020 recante «Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale».

⁷⁶ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 marzo 2020 recante «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale». Tale decreto, tra l'altro, ha recepito il divieto sancito dall'ordinanza del Ministero della salute del 22 marzo 2020 e ha

modo ancora più netto l'arretramento delle esigenze del mercato rispetto alla preservazione della salute individuale e collettiva⁷⁷. Infatti, sono state sospese tutte le attività produttive industriali e commerciali, a eccezione soltanto di specifiche attività (cioè, alcune filiere essenziali individuate dall'allegato 1⁷⁸; le attività professionali; i servizi di pubblica utilità e i servizi essenziali ai sensi della l. 241/1990; le attività legate alle filiere dei farmaci, delle tecnologie sanitarie e dei prodotti agricoli ed alimentari; le attività funzionali a fronteggiare l'emergenza). Sarebbero, invece, potute proseguire, previa comunicazione o autorizzazione del Prefetto⁷⁹, le attività funzionali a garantire la continuità delle filiere di cui all'allegato 1 e dei servizi essenziali e di pubblica utilità, le attività a ciclo produttivo, le attività dell'industria, dell'aerospazio e della difesa, nonché le altre attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale⁸⁰.

Con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁸¹, come anticipato, il Governo ha abrogato quasi integralmente il precedente d.l. n. 6/2020, delineando il vigente assetto giuridico dello stato di emergenza sanitaria⁸².

In sintesi, le misure di contenimento e di contrasto alla diffusione dell'epidemia sono state tipizzate e sottoposte a specifiche condizioni di "attivazione" e di efficacia (art. 1). È stato confermato il "sistema" dei DPCM, secondo un procedimento non dissimile da quello previsto dal d.l. n. 6/2020⁸³. Nelle more dell'ado-

eliminato la possibilità di rientro presso il domicilio, la residenza o l'abitazione precedentemente prevista dal DPCM del 8 marzo 2020.

⁷⁷ Al riguardo v. F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?* cit., 577-578

⁷⁸ L'allegato 1 è stato successivamente modificato dal Decreto del Ministro dello sviluppo economico 25 marzo 2020 recante «Modifiche al Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 22 marzo 2020».

⁷⁹ Tale comunicazione, come anche ribadito dal Ministero dell'interno nella Circolare del 23 marzo 2020, non ha introdotto alcuna forma di preventiva autorizzazione, ma si configura quale obbligo di segnalazione funzionale all'espletamento dei controlli da parte del Prefetto. Sicché, la comunicazione – in una chiave semplificatoria e sulla falsariga di una SCIA – consente la prosecuzione legittima dell'attività dal momento dell'invio al Prefetto, salvo l'adozione di un eventuale e successivo provvedimento di sospensione da parte di quest'ultimo.

⁸⁰ Secondo la Circolare del Ministero dell'interno del 23 marzo 2020 le attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale devono essere individuate con riferimento al d.l. 15 marzo 2012, n. 21, recante la disciplina dei c.d. "Golden Power". Per tali attività era necessaria la previa autorizzazione del Prefetto.

⁸¹ Cfr. d.l. del 25 marzo 2020 n. 19 recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19». Secondo la norma transitoria di cui all'art. 2, comma 3 del d.l. n. 19/2020, «sono fatti salvi gli effetti prodotti e gli atti adottati sulla base dei decreti e delle ordinanze emanati ai sensi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, ovvero ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Continuano ad applicarsi nei termini originariamente previsti le misure già adottate con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri adottati in data 8 marzo 2020, 9 marzo 2020, 11 marzo 2020 e 22 marzo 2020 per come ancora vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le altre misure, ancora vigenti alla stessa data continuano ad applicarsi nel limite di ulteriori dieci giorni».

⁸² Sul nuovo assetto emergenziale, v. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020.

⁸³ L'unico elemento di novità risiede nella previsione della possibilità dell'adozione dei DPCM «su proposta dei presidenti delle regioni interessate, nel caso in cui riguardino esclusivamente una regione o alcune specifiche regioni, ovvero del Presidente della Conferenza delle regioni e delle province autonome, nel caso in cui

zione dei DPCM e con efficacia limitata fino a tale momento, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute, è stata prevista la possibilità per il Ministro della salute di adottare le ordinanze *ex* 32, l. 833/1978 (art. 2, comma 2). In relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso, è stata attribuita alle regioni la facoltà di introdurre misure ulteriormente restrittive, tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, senza poter tuttavia incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale. Sono stati fissati taluni limiti all'emanazione di ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza, le quali non possono, a pena di inefficacia, porsi in contrasto con le misure statali, né eccedere i limiti di oggetto di cui all'art. 3, comma 1, del decreto⁸⁴. È stato infine confermato il ruolo del Prefetto nella vigilanza sull'applicazione delle misure di contenimento (anche avvalendosi, ove occorra, delle Forze armate) ed è stato ridisegnato l'apparato sanzionatorio⁸⁵.

Ancora di recente, con DPCM del 10 aprile 2020⁸⁶, sono state incluse in un unico *corpus* normativo, e in parte modificate, le misure precedentemente adottate.

In particolare, sulla falsariga del DPCM 8 marzo 2020 ma con formulazione in parte più "precettiva", sono state confermate le misure restrittive della libertà di circolazione, graduate secondo la tipologia dei destinatari.

Per quanto riguarda la generalità dei consociati, sono stati consentiti solo gli spostamenti, motivati da esigenze di lavoro, di salute o in ragione di altre situa-

riguardino l'intero territorio nazionale». Inoltre, sempre dal punto di vista procedurale, l'art. 2 formalizza la prassi precedentemente istauratasi di consultare preventivamente il Comitato tecnico scientifico, mentre al comma 5 dell'art. 2 si prevede l'obbligo per il Presidente del Consiglio dei Ministri di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate, introducendo – pertanto – un pur minimo elemento di controllo parlamentare.

⁸⁴ L'articolo 3, comma 3, del d.l. n. 19/2020 riprende quanto già stabilito dall'art. 35 del d.l. n. 9/2020. Sull'articolo 3 del d.l. n. 19/2020 si è di recente soffermato il Cons. Stato, sez. I, parere del 7 aprile 2020, individuando la *ratio* della norma nella circostanza che «in presenza di emergenze di carattere nazionale, dunque, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratta solo di erogare aiuti o effettuare interventi ma anche di limitare le libertà costituzionali».

⁸⁵ L'art. 4 del d.l. n. 19/2020 riorganizza l'apparato sanzionatorio a presidio delle misure di contenimento, in particolare, depenalizzando la maggior parte delle fattispecie. Difatti, il d.l. n. 19/2020 ha sostituito con un una serie di sanzioni amministrative la sanzione penale *ex* art. 650 c.p. per la violazione delle misure, salvo che la violazione non integri comunque un reato diverso dall'art. 650 c.p. Nello specifico la violazione delle misure restrittive della libertà di circolazione comporta con una sanzione amministrativa compresa tra 400 e 3.000 euro. Inoltre, la violazione delle misure in materia di esercizi commerciali e attività produttive può comportare la sanzione amministrativa aggiuntiva della chiusura dell'attività da 5 a 30 giorni. Sul fronte penale restano ferme le sanzioni previste dall'art. 260 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (TULPS), per chi viola l'obbligo di quarantena, salvo che la condotta integri un più grave reato come per esempio un reato contro la salute pubblica *ex* art. 452 c.p. Infine, considerato l'obbligo di autocertificazione *ex* DPR 4445/2000 per gli spostamenti delle persone fisiche, trova applicazione la sanzione *ex* art. 483 c.p. in caso di falso in autodichiarazione.

⁸⁶ Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 aprile 2020. Con l'entrata in vigore del decreto cessano di trovare applicazione i DPCM del 9, 11 e 22 marzo nonché quello del 1° aprile.

zioni di necessità (non si parla, quindi, più soltanto di misure volte «a evitare» determinati spostamenti). È stato confermato, inoltre, il divieto di movimento con qualsiasi mezzo in altro comune, salvo che per le consuete ragioni lavorative, di salute o di necessità. In aggiunta, sempre con riferimento alla generalità dei cittadini, è stata vietata ogni forma di assembramento e l'accesso ai parchi pubblici.

Con riferimento alle persone con sintomatologie da infezione respiratoria e febbre, invece, è stato fortemente raccomandato di rimanere presso la propria abitazione e di limitare al massimo i contatti sociali, mentre alle persone infette o sottoposte alla misura della quarantena è stato imposto il divieto assoluto di mobilità.

Per quanto riguarda, invece, le attività commerciali ed economiche, salvo alcune puntuali modifiche, sono state confermate le misure precedentemente adottate in materia di sospensione delle attività commerciali e produttive⁸⁷.

Infine, sono stati previsti specifici obblighi di comunicazione e di sottoposizione alla misura dell'isolamento fiduciario a carico di coloro che sarebbero rientrati in Italia⁸⁸.

4. (... Segue). *La risposta a geometria variabile delle regioni*

Accanto alle misure adottate a livello nazionale, mentre si scrive continua, ovviamente, l'emanazione di ordinanze regionali e sindacali⁸⁹.

Nell'impossibilità di dar conto degli innumerevoli interventi posti in essere sinora dalle regioni e dai sindaci dei comuni italiani per fronteggiare l'emergenza sanitaria⁹⁰, si prenderanno brevemente in esame alcune tra le principali risposte istituzionali adottate a livello regionale.

Occorre preliminarmente osservare che già l'art. 35, d.l. n. 9/2020, aveva tentato di disciplinare le eventuali antinomie tra le misure straordinarie statali e quelle adottate a livello regionale e locale, accordando la prevalenza alle prime⁹¹. Come anticipato, l'art. 3 del vigente d.l. n. 19/2020, invece, ha riconfigurato gli ambiti

⁸⁷ Il riferimento è ai DPCM dell'11 e del 22 marzo 2020.

⁸⁸ Tale misura è prevista dall'art. 4 del DPCM 10 aprile 2020 ed era in precedenza contemplata dal decreto del Ministro della salute di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 28 marzo 2020 «Coronavirus: disposizioni stringenti per chi rientra in Italia».

⁸⁹ Solo nel corso del giorno in cui si scrive sono state adottate, a livello regionale, i seguenti provvedimenti: Ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo n. 48 del 24 aprile 2020; Ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 36 del 24 aprile 2020; Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 532 del 24 aprile 2020; Ordinanza del Presidente della Regione Toscana n. 43 del 24 aprile 2020 e Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 42 del 24 aprile 2020.

⁹⁰ Alla data del 24 aprile 2020 si contano almeno 490 ordinanze, decreti e delibere adottate dalle regioni in connessione all'emergenza da Covid-19.

⁹¹ La norma citata (oggi abrogata), infatti, stabiliva che: «A seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 non possono essere adottate e, ove adot-

di competenza tra i diversi livelli di governo nella gestione dell'emergenza. In particolare, e per quanto qui più interessa, nelle more dell'adozione delle misure statali e con efficacia limitata fino a tale momento, le regioni possono adottare misure più restrittive in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso⁹². Le misure regionali, tuttavia, sono subordinate a un duplice limite (positivo e negativo) di oggetto: da un lato, esse devono essere esclusivamente adottate nell'ambito delle attività di competenza delle regioni; dall'altro, non possono incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Ciò detto, è chiaro che i primi interventi regionali hanno interessato le aree in cui sono emersi i primi focolai epidemici e dove il rischio sanitario si è successivamente aggravato. Prendendo ad esempio in considerazione la Lombardia, il Veneto, il Piemonte e l'Emilia-Romagna, possono cogliersi taluni tratti comuni nella strategia di contenimento regionale della diffusione dell'epidemia da *Covid-19*.

In tali Regioni è anzitutto ravvisabile una generale tendenza ad adottare misure maggiormente restrittive di quelle nazionali, specie con riguardo ai settori delle attività produttive, professionali e commerciali⁹³. Il comune irrigidimento delle misure ha riguardato anche la libertà di circolazione, se si pone mente al fatto che, in data 21 marzo 2020, a differenza dell'allora generica raccomandazione

tate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza predetta in contrasto con le misure statali».

⁹² Circostanze che, secondo Cons. Stato, sez. I, parere del 7 aprile 2020, «non devono solo essere enunciate ma anche dimostrate».

⁹³ Questa tendenza è emersa soprattutto in Lombardia e Piemonte: cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 514 del 21 marzo 2020 e l'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 521 del 4 aprile 2020, che hanno introdotto misure più restrittive quali il fermo delle attività nei cantieri, la chiusura degli studi professionali (salvo il compimento di adempimenti legati a servizi indifferibili, urgenti o sottoposti a termini di scadenze) e la chiusura degli impianti nei comprensori sciistici; l'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528 dell'11 aprile 2020, art. 1, punto 1.4.A., che ha imposto lo svolgimento in modalità di lavoro agile delle attività professionali, scientifiche e tecniche (salvo adempimenti relativi a servizi urgenti, indifferibili o sottoposti a termini di scadenza); l'Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 33 del 20 marzo 2020, che ha imposto la chiusura dei punti di vendita alimentari nei giorni festivi; il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 34 del 21 marzo 2020, che ha sospeso i cantieri ed altre attività economiche; il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 38 del 6 aprile 2020, che, nello stabilire che il servizio di trasporto pubblico non di linea avrebbe potuto essere utilizzato anche per la consegna a domicilio di beni, ha introdotto un vero e proprio sistema tariffario per tale servizio; il Decreto del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 35 del 14 marzo 2020 e l'Ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 61 dell'11 aprile 2020, che hanno inciso in maniera restrittiva sulle attività commerciali, disponendo per esempio la chiusura nei giorni festivi delle medie e grandi strutture di vendita e degli esercizi commerciali all'interno dei centri commerciali (ad esclusione delle farmacie, edicole, tabaccherie e dei punti di vendita di generi alimentari), e sul settore sanitario privato, sospendendo l'erogazione da parte delle strutture appartenenti al sistema sanitario privato delle prestazioni programmabili e non urgenti.

nazionale⁹⁴, nei territori lombardo e piemontese erano già stati vietati gli spostamenti in entrata e in uscita delle persone fisiche⁹⁵.

Le regioni del Nord di regola non hanno seguito una logica “a zone”, come invece è accaduto dapprima a livello nazionale e poi in alcune regioni dell’Italia meridionale⁹⁶. Anche in considerazione della pervasiva diffusione del contagio, infatti, le misure straordinarie hanno tendenzialmente riguardato l’intero territorio regionale, senza prevedere specifiche restrizioni per singoli comuni o province; fa tuttavia eccezione l’Emilia-Romagna, ove sono state adottate specifiche disposizioni restrittive in determinate aree, come le province di Piacenza e di Rimini⁹⁷.

Le misure delle succitate regioni, inoltre, hanno anticipato sotto molti profili quelle successivamente introdotte a livello nazionale: si pensi al fermo dei cantieri⁹⁸ o al divieto di accesso ai parchi e giardini pubblici⁹⁹.

Differenti strategie di azione, invece, sono state adottate in vista della c.d. “Fase 2” dell’emergenza¹⁰⁰. A parte la sporadica introduzione di misure meno restrittive rispetto a quelle nazionali¹⁰¹, si registra, in generale e al momento in cui

⁹⁴ Cfr. art. 1, comma 1, lett. a) del DPMC 8 marzo 2020, con cui, come visto *supra*, è stato soltanto raccomandato di “evitare” gli spostamenti. Questa raccomandazione si è progressivamente irrigidita in seguito alla formulazione più cogente contenuta nell’art. 1, comma 1, lett. a) del DPCM 10 aprile 2020.

⁹⁵ Cfr. Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 514/2020 e Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 34/2020.

⁹⁶ Basti pensare che attualmente regioni quali l’Abruzzo o la Calabria hanno istituito vere e proprie “Zone rosse” a livello regionale. Cfr. *ex multis* l’Ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo n. 40 del 18 aprile 2020 e l’Ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 29 del 13 aprile 2020. Sul punto si tornerà ancora in seguito.

⁹⁷ Cfr. *ex multis* il Decreto del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 36 del 15 marzo 2020; il Decreto del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 44 del 20 marzo 2020; il Decreto del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 47 del 23 marzo 2020; il Decreto del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 48 del 24 marzo 2020; l’Ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 61 del 11 aprile 2020 e da ultimo l’Ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 66 del 22 aprile 2020.

⁹⁸ Cfr. l’Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 514/2020 e il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 34/2020. Il fermo dei cantieri è stato successivamente imposto a livello nazionale – con alcune puntuali differenze rispetto ai fermi imposti dalle citate regioni – in forza del DPCM 22 marzo 2020, che all’allegato 1 ricomprendeva tra le attività consentite solo i cantieri legati a opere di ingegneria civile (ponti, strade etc.) ma non anche i cantieri edili. Tale impostazione è stata confermata dall’allegato 3 al DPCM 10 aprile 2020.

⁹⁹ Cfr. *ex multis* l’Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37 del 3 aprile 2020. Anche tale misura è stata successivamente recepita su tutto il territorio nazionale, dapprima con l’Ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020 e poi dall’art. 1, comma 1, lett. e) del DPCM 10 aprile 2020.

¹⁰⁰ Con la c.d. “Fase 2” dell’emergenza da Covid-19 s’intende la fase di rilancio del sistema produttivo che dovrebbe aver inizio dal 4 maggio 2020, sicché fino a quella data troverà ancora applicazione il regime delineato dal DPCM 10 aprile 2020. La Fase 2 si basa su due pilastri: da un lato, l’istituzione di uno specifico gruppo di lavoro composto da esperti in materia economica e sociale e, dall’altro lato, l’adozione di specifici protocolli di sicurezza sul lavoro. Tutto ciò al fine di permettere una graduale ripresa dei diversi settori economici e sociali. Sul punto cfr. <http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo>.

¹⁰¹ Si pensi in particolare all’autorizzazione alla vendita di articoli di cartoleria – esclusa dal DPCM 22 marzo 2020 e solo ammessa successivamente dal DPCM 10 aprile 2020 – che è stata disposta con l’Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37/2020, l’Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528/2020 e il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 35 del 29 marzo 2020. Inoltre, la citata Ordina-

si scrive, il mantenimento della linea rigorista iniziale, soprattutto in Lombardia e in Piemonte. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'introduzione dell'obbligo generalizzato di portare la mascherina al di fuori della propria abitazione¹⁰²; alla raccomandazione di provvedere alla sistematica rilevazione della temperatura corporea dei clienti presso i supermercati, le farmacie e i luoghi di lavoro¹⁰³; al mantenimento delle misure precedentemente adottate in materia di attività produttive, professionali e commerciali, nonché di quelle limitative della libertà di circolazione¹⁰⁴.

In Veneto e in Emilia-Romagna, pare invece delinearsi un progressivo allentamento delle originarie misure restrittive, se si considera, ad esempio, l'eliminazione in Veneto dell'obbligo di svolgere attività motoria entro 200 metri di distanza dalla propria abitazione¹⁰⁵, oppure l'adozione in entrambe le predette regioni di talune misure derogatorie *in melius* rispetto a quelle disposte con DPCM, che consentono nuovamente lo svolgimento di determinate attività¹⁰⁶.

In alcune aree più circoscritte del Paese (come la Provincia Autonoma di Bolzano), infine, almeno con riferimento al settore delle attività produttive, si rileva una riduzione ancora più significativa del rigore delle misure imposte a livello nazionale, quasi nel tentativo di anticipare la c.d. "Fase 2" dell'emergenza¹⁰⁷.

nanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528/2020 ha anche ammesso «la consegna a domicilio da parte degli operatori commerciali al dettaglio per tutte le categorie merceologiche, anche se non comprese nell'allegato 1 del D.P.C.M. del 10 aprile 2020». Su tale disposizione si è di recente pronunciato Tar Lombardia, Milano, sez. I, decr. pres. 23 marzo 2020, n. 634, sospendendo tale disposizione in quanto costituente una deroga *in melius* rispetto alle disposizioni nazionali. Da ultimo va anche segnalata l'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 532 del 24 aprile 2020, che ha permesso la riapertura di alcuni mercati scoperti previamente individuati da parte delle amministrazioni comunali.

¹⁰² Cfr. art. 1, punto 1.1.A dell'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528/2020. Un simile obbligo è stato previsto nelle regioni in questione solo in Veneto con riferimento all'accesso agli esercizi commerciali (cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37/2020).

¹⁰³ Cfr. il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 40 del 7 aprile 2020.

¹⁰⁴ Cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 528/2020 e il Decreto del Presidente della Regione Piemonte n. 43 del 13 aprile 2020. Tuttavia, al contempo la Regione Lombardia si sta anche attrezzando per la ripresa economica *post* Covid-19 come testimonia tra l'altro la proposta di progetto di legge recante «Interventi per la ripresa economica», approvata con Delibera della Giunta della Regione Lombardia n. 3075 del 20 aprile 2020.

¹⁰⁵ Cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 40 del 13 aprile 2020.

¹⁰⁶ In particolare, l'Ordinanza del Presidente della Regione Emilia-Romagna n. 61/2020 al punto 1.d) ha esteso l'apertura di determinati punti di ristorazione prevista dall'art. 1, comma 1, lett. aa) del DPCM 10 aprile 2020 alle rosticcerie, alle pizzerie al taglio, alle gelaterie e agli altri punti di ristorazione che prevedono il consumo sul posto o l'asporto. Inoltre, il Decreto della Regione Emilia Romagna n. 66/2020 al punto 1.a) ha consentito la «coltivazione del terreno per uso agricolo e l'attività diretta alla produzione per autoconsumo anche all'interno di orti urbani e comunali». Similmente, l'Ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 42 del 24 aprile 2020, ha consentito, tra l'altro, la vendita di cibo da asporto, l'esecuzione di determinate lavorazioni con riferimento alle opere pubbliche e la coltivazione del terreno per uso agricolo per autoconsumo, anche all'interno di orti urbani e comunali.

¹⁰⁷ Cfr. Ordinanza del Presidente della Provincia Autonoma di Bolzano n. 21 del 18 aprile 2020 che, al punto 2, in deroga alle disposizioni vigenti sul territorio nazionale, con riferimento alle attività in precedenza sospese, ha stabilito che è «ammessa la realizzazione di prodotti o servizi presso i locali dell'impresa con l'eventuale intervento di un massimo di 5 lavoratori».

Occorre comunque tener conto che le restrizioni poste a livello regionale non necessariamente sono state calibrate in virtù dell'andamento, più o meno grave, del concreto rischio sanitario sul territorio interessato.

In molte regioni dell'Italia meridionale, infatti, benché il numero dei contagi non abbia mai raggiunto i livelli critici di alcune regioni del Nord, sono state adottate misure ugualmente restrittive, allo scopo di evitare o ridurre l'insorgere di un rischio sanitario anche in altre aree del territorio nazionale. Così, ad esempio, per finalità precauzionali, in alcune regioni è stata fortemente limitata la libertà di circolazione¹⁰⁸ e le sanzioni previste in caso di inosservanza dei divieti sono state particolarmente severe¹⁰⁹.

Inoltre, come già accennato, nelle regioni dell'Italia meridionale si è fatto ampio ricorso alla "tecnica" di contenimento dell'epidemia "a Zone", già sperimentata a livello nazionale durante la prima fase dell'emergenza¹¹⁰. Va tuttavia rilevato che anche in tali regioni, in funzione della riduzione dei contagi, si assiste a un progressivo allentamento delle misure di contenimento, talora in deroga a quelle imposte a livello nazionale¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 23 del 25 marzo 2020 (come successivamente prorogata dall'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 32 del 12 aprile 2020) e l'Ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 16 del 11 aprile 2020. Quest'ultima ha disposto che «le uscite per gli acquisti essenziali, ad eccezione di quelle per i farmaci, sono limitate ad una sola volta al giorno e ad un solo componente del nucleo familiare» e ha inoltre imposto il divieto di praticare «ogni attività motoria e sportiva all'aperto, anche in forma individuale, compreso il divieto per tutte le attività motorie all'aperto di minori accompagnati da un genitore».

¹⁰⁹ Cfr. l'Ordinanza della Regione Campania n. 23/2020, punto 5, ove è stata prevista la sanzione della permanenza domiciliare con isolamento fiduciario in ragione dell'«esposizione al rischio di contagio cui si è sottoposto il trasgressore».

¹¹⁰ In particolare, con riferimento alla Campania sono state imposte, a titolo d'esempio, misure particolarmente restrittive quali il divieto di accesso e allontanamento dal territorio comunale, la chiusura delle strade secondarie e la sospensione dei pubblici uffici (salvi i servizi essenziali e di pubblica utilità) con riferimento ai comuni di Ariano Irpino e Saviano (v. rispettivamente l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 36 del 20 aprile 2020 e l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 35 del 19 aprile 2020). Sul punto v. inoltre l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 34 del 18 aprile 2020; l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 33 del 13 aprile 2020; l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 31 del 10 aprile 2020; l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 29 del 8 aprile 2020; l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 28 del 5 aprile 2020 e l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 26 del 31 marzo 2020. Per quanto riguarda invece la Regione Siciliana, l'Ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 17 del 19 aprile 2020 e l'Ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 14 del 3 aprile 2020, che hanno imposto misure particolarmente restrittive, quale, ad esempio, il divieto di accesso e allontanamento dal territorio comunale con riferimento ai comuni di Agira, Salemi, Troina e Villafraati.

¹¹¹ Cfr. l'Ordinanza del Presidente della Regione Campania n. 37 del 22 aprile 2020, punto 1.a) secondo il quale su tutto il territorio regionale, in certe fasce orarie e a determinate condizioni, «sono consentite le attività e i servizi di ristorazione – fra cui pub, bar, gastronomie, ristoranti, pizzerie, gelaterie e pasticcerie». In una simile direzione pare anche muoversi l'Ordinanza del Presidente della Regione Abruzzo n. 46 del 23 aprile 2020, che ha ammesso, tra l'altro, «la vendita di cibo da asporto da parte degli esercizi di somministrazione di alimenti e da parte delle attività artigiane». L'allentamento delle misure regionali potrebbe esporre le relative misure a una declaratoria di illegittimità, considerato che, ai sensi dell'art. 3, d.l. 19/2020, alle regioni è consen-

5. Crisi sanitaria, società dei rischi e “paradigma” del governo dell'emergenza

L'esame delle principali misure di contenimento e di contrasto alla diffusione dell'epidemia induce a soffermarsi brevemente su alcuni temi di ben più ampia portata.

Una prima riflessione concerne il tema della c.d. “società de rischi”¹¹². Come noto, nell'odierno concetto di rischio¹¹³ rientrano anche i rischi sanitari¹¹⁴, caratterizzati dalla dimensione collettiva¹¹⁵, dalla globalità dei pericoli, nonché dalla derivazione dai processi di modernizzazione (l'industrializzazione, l'innovazione tecnologica, la globalizzazione, e così via)¹¹⁶.

In particolare, il tema del rischio risulta strettamente collegato alla circostanza del tutto paradossale che il rapido progresso della tecnica e il contestuale tramonto del positivismo scientifico del '900 (e, pertanto, dell'assoluta fiducia nella scienza), hanno riportato la nostra società in una situazione «pre-scientifi-

tito soltanto adottare misure più restrittive di quelle nazionali e, comunque, nel rispetto del già ricordato limite (positivo e negativo) di oggetto.

¹¹² È ormai maturata ampiamente la consapevolezza che oggi il concetto di emergenza si allarga notevolmente ricomprendendo non solo eventi realizzati, ma anche eventi anticipatamente rappresentati mediante l'individuazione dei rischi. Al riguardo v. *ex multis* A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 25; C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza: Atti del convegno annulla dell'AIPDA*, 2005, 5 ss.; L. Giani, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

¹¹³ In una prospettiva storica, la riflessione (anche giuridica) sul rischio si inserisce in un quadro tipico dell'avvento della modernità ove emerge in maniera crescente la sensibilità per l'incertezza come caratteristica fondamentale dell'agire dell'uomo orientato sempre di più verso l'avvenire. Al riguardo v. *ex multis* A. Giddens, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 2004, 41 e S. Morini, *Il rischio: Da Pascal a Fukushima*, Gravellona Toce, Bollati Boringhieri, 2014, 21-22. Per un approfondimento sulla nozione di rischio v. inoltre – in chiave storico-ricostruttiva – A. Tenenti, B. Tenenti, *Il prezzo del rischio. L'assicurazione mediterranea vista da Ragusa (1563-1591)*, Milano, Jouvence, 1985 e A. Addobbati, *Commercio. Rischio. Guerra. Il mercato delle assicurazioni marittime di Livorno (1694-1795)*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2007; – da un punto di vista economico – B. De Finetti, *La teoria del rischio e il problema della “rovina dei giocatori”*, in *Giornale dell'Istituto Italiano degli Attuari*, 1939, 41 ss.; A. Freddi, *Lezioni di teoria del rischio*, Roma, Aracne, 2007 e M. Pompella, *Rischio e assicurazioni*, Roma, Aracne, 2015 nonché – nel campo strettamente giuridico – P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010 e F. Calisai, *Rischio contrattuale e allocazione tra i contraenti*, Napoli, 2016.

¹¹⁴ Si veda D. Lupton, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, 2003, 19-20 che individua sei categorie di rischi: (i) rischi ambientali; (ii) rischi generati dallo stile di vita delle singole persone; (iii) rischi sanitari; (iv) rischi attinenti ai rapporti interpersonali (v) rischi di natura economica; e (vi) rischi derivanti dalla criminalità.

¹¹⁵ S. Morini, *Il rischio: Da Pascal a Fukushima*, cit., 21-22, che osserva che il concetto di rischio emerso nella prima epoca moderna si configurava ancora come fenomeno sostanzialmente individuale, ossia che investe le vicende di una singola persona che intraprende un'attività rischiosa mentre con i grandi processi di modernizzazioni i rischi hanno assunto crescentemente una dimensione collettiva.

¹¹⁶ Infatti, U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Baden-Baden, Suhrkamp, 2003, 28-29, qualifica le nuove tipologie di rischi come veri e propri *Modernisierungsrisiken*, ossia rischi della modernizzazione.

ca» nella quale mancano gli strumenti per domare le incertezze¹¹⁷. Oggi, di fronte a un'emergenza sanitaria che neanche una scienza avanzata come quella medica pare riuscire a fornire risposte adeguate, il predetto paradosso della modernità emerge con nitida chiarezza¹¹⁸.

Con l'individuazione di nuove tipologie di rischi derivanti dai processi di modernizzazione è anche profondamente mutato l'assetto delle società contemporanee, che assume in maniera crescente i tratti della c.d. "società dei rischi".

Il concetto appena richiamato evoca un assetto sociale nel quale, attesa l'elevata diffusività dei rischi tale da rendere la società pericolosa in sé e per sé, diviene centrale il tema della distribuzione dei rischi medesimi¹¹⁹. Al cospetto dell'emergenza *Covid-19*, come mai prima, si coglie questo elemento; i decisori politici, infatti, sono chiamati a compiere scelte rilevanti circa la distribuzione dei rischi (non solo) sanitari: vi è, ad esempio, chi corre rischi superiori di contrarre l'infezione (come il personale sanitario o coloro che hanno il dovere di garantire la continuità di attività e servizi essenziali) e chi, invece, rischi minori, limitandosi alla mera osservanza delle misure restrittive di contenimento.

I teorici della società dei rischi, inoltre, hanno osservato che la permanente "minaccia" del pericolo induce a seguire la logica dirigista dello Stato di emergenza, da cui traggono fondamento poteri d'intervento e competenze "allargati". Dinanzi a gravi e pervasivi rischi – e la crisi sanitaria in atto lo dimostra – lo Stato interviene, per motivi di precauzione e prevenzione, in maniera crescente in ampi settori della vita economica e sociale, tendendo verso un "totalitarismo legittimo della prevenzione dei rischi" («*legitimer Totalitarismus der Gefahrenabwehr*»)¹²⁰.

¹¹⁷ Si veda S. Morini, *Il rischio: Da Pascal a Fukushima*, cit., 49.

¹¹⁸ Cfr. in generale, A.M. Campanale, *La soglia della postmodernità biologica. Epidemia di Covid-19 tra tecnologia, politiche e comunicazione*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritto, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 27 marzo 2020.

¹¹⁹ Il concetto di società del rischio si collega al carattere ambivalente della modernità che, da un lato, mette a disposizione il massimo di opportunità di vivere un'esistenza sicura e, dall'altro lato, si presenta come densa di pericoli e rischi che appaiono talmente globali e quotidiani da rendere la stessa società pericolosa in sé e per sé. Per U. Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., 25 tale profondo mutamento sociale e culturale ha condotto al passaggio da una società incentrata principalmente sulla distribuzione della ricchezza e sul soddisfacimento di bisogni materiali (*i.e.* la società di classe), ad una società all'interno della quale diventa questione primaria la distribuzione dei rischi (*i.e.* la società dei rischi). Si veda F. Masi, M. Vicinanza, *Emergenza, rischio e decisione: Modelli della decisione sull'emergenza ecologica e bioetica*, Napoli, Guida, 2004. Per un ulteriore approfondimento sulla c.d. società dei rischi si rinvia – oltre a U. Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit. – a U. Beck, *Politik in der Risikogesellschaft - Essays und Analysen*, Berlin, Suhrkamp, 1991; B. Adam, U. Beck, J. Van Loon (eds.), *The Risk Society and Beyond*, Newbury Park, 2000; U. Beck, "Mucca pazza" e la società del rischio globale, in *Iride*, 2/2001, 235 ss., U. Beck, *Risikogesellschaft und die Transnationalisierung sozialer Ungleichheiten*, in P.A. Berger, A. Weiß (Hrsg.), *Transnationalisierung sozialer Ungleichheit*, Wiesbaden, 2008, 19 ss.

¹²⁰ Si veda U. Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., 103-106.

L'attuale emergenza sanitaria permette di cogliere alcuni tratti essenziali del "paradigma" del governo dell'emergenza¹²¹. Richiamando i risultati scientifici di una nota dottrina d'inizio del secolo scorso¹²², infatti, esso si caratterizza anzitutto sotto il profilo organizzativo, per lo spostamento del baricentro istituzionale verso l'Esecutivo, che agisce mediante atti sostanzialmente amministrativi e sulla base di un criterio – quantomeno prevalente¹²³ – di efficienza ed efficacia, evocando un'amministrazione responsabilizzata principalmente sul raggiungimento dei risultati. Per quanto riguarda, invece, il rapporto autorità/libertà, il governo dell'emergenza si contraddistingue per la riparametrazione dell'assetto degli interessi pubblici e individuali nell'ottica di una tendenziale compressione dei diritti e delle libertà dei consociati¹²⁴.

Orbene, la risposta istituzionale all'emergenza sanitaria in corso rispecchia molti di questi aspetti: la concentrazione dei poteri in capo al Governo in seguito dapprima al d.l. n. 6/2020 e poi al d.l. n. 19/2020; l'ampio ricorso ad atti amministrativi per regolare la gran parte degli aspetti legati alla crisi sanitaria; l'attenzione al risultato cui corrisponde un contestuale allentamento delle garanzie formali e procedurali; l'incisiva limitazione di diritti e libertà fondamentali e il parallelo rafforzamento dei doveri.

¹²¹ Di emergenza quale "paradigma" di governo parla in particolare G. Agamben, *Iustitium. Stato di eccezione*, in G. Agamben, *Homo Sacer: edizione integrale*, Macerata, 2018, 169 ss., 176.

¹²² Il riferimento è a Carl Schmitt che nelle sue opere (C. Schmitt, *Die Diktatur*, Berlin, Duncker & Humblot, Achte Auflage, 2015; C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin, 2012, 9 e C. Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, 2015, 21; C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 2010, 126) ha ampiamente affrontato il tema dello stato d'emergenza. Per un approfondimento sullo stato di eccezione nel pensiero di Schmitt si vedano *ex multis* G. Schwab, *Carl Schmitt: La sfida dell'eccezione*, Bari, 1986; B. Tucker, *Der Ausnahmezustand*, in K. Hansen, H. Lietzmann (Hrsg.), *Carl Schmitt und die Liberalismuskritik*, Wiesbaden, Springer VS, 1988, 93 ss. e R. Voigt (Hrsg.), *Ausnahmezustand: Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*, Baden-Baden, Nomos, 2013 e J-F. Kervegan, *Che fare di Carl Schmitt?*, Bari, 2016.

¹²³ Difatti, in C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, Achte Auflage, 2012, *passim*, si parla in particolare di stato amministrativo/governativo quale modello organizzativo spesso ricorrente in situazioni emergenziali e caratterizzato dalla prevalenza, come strumento di governo, del provvedimento amministrativo (*Mafnahme*), adottato in base a criteri di opportunità ed idoneità al perseguimento del suo scopo (*Zweckmäßigkeit*). Tale modello, dunque, non si legittima tanto in base alla stretta legalità dell'azione amministrativa, ma trova, in un contesto di «egemonia del provvedimento», la sua ragion d'essere nella concreta funzionalità ed idoneità allo scopo dell'azione pubblica. Similmente, anche in C. Schmitt, *Die Diktatur*, Berlin, 2015, 38 e 133, si osserva che il dittatore c.d. commissario, quale principale strumento per affrontare le emergenze, sottostà ad una stretta logica del risultato ed interviene secondo un criterio di opportunità rimuovendo tutti gli ostacoli giuridici presenti nella misura in cui ciò risulti necessario per gestire la situazione emergenziale e ricondurla alla normalità.

¹²⁴ In particolare si realizza un riassetto di ciò che C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 2010, 126, denomina come principio distributivo (*Verteilungsprinzip*) e principio organizzativo (*Organisationsprinzip*). Il primo prevede che in linea di principio le libertà individuali sono illimitate a fronte del potere limitato dello Stato, mentre il secondo principio implica che il potere pubblico limitato sia a sua volta ripartito all'interno di un sistema di competenze. Sul punto si veda anche M. Fetik, *Carl Schmitt und der Ausnahmezustand: Anspruch und Wirklichkeit der Gewaltenteilung in Zeiten existentieller Staatskrisen*, Düsseldorf, 2012, 16.

6. Situazioni soggettive e stato di “assedio sanitario”

L'arretramento dei diritti e la parallela valorizzazione dei doveri presuppongono una rigida delimitazione del concetto giuridico di “emergenza”.

L'attuale quadro costituzionale, infatti, non potrebbe legittimamente tollerare una “scarnificazione” delle libertà fondamentali e una generalizzata avanzata dei doveri e delle responsabilità al cospetto di una qualsivoglia emergenza; al contrario, a nostro avviso, la descritta mutazione repentina delle situazioni giuridiche potrebbe ragionevolmente realizzarsi soltanto in presenza di specifiche e gravissime situazioni di crisi ordinamentale, che potremmo definire alla stregua di “emergenze esistenziali (o vitali)”.

Diventa pertanto essenziale ai nostri fini verificare se sia possibile rinvenire tra le pieghe dell'ordinamento un qualche fondamento agli straordinari poteri emergenziali concepiti (essenzialmente) dall'Esecutivo per la gestione dell'emergenza sanitaria; operazione che però si rivela tutt'altro che agevole, anche in ragione dell'assenza di una disciplina generale ed esplicita dello stato d'emergenza a livello costituzionale¹²⁵.

Vero è che le situazioni emergenziali sono “ordinariamente” gestite o attraverso l'utilizzo del decreto-legge (art. 77, Cost.)¹²⁶, oppure mediante lo strumento delle ordinanze libere (o atipiche) che trovano nella legge il proprio fondamento “abilitante”¹²⁷.

¹²⁵ In questo senso v. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Aa.Vv., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *ConsultaOnline*, 11 aprile 2020, 4. Sul punto vedi anche G. Comazzetto, *Lo stato di eccezione nell'ordinamento italiano: riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritto, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 20 marzo 2020 e A. D'Aloia, *Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus*, in *Bio Law Journal Instant Forum – Diritto, diritto, ed emergenza ai tempi del Coronavirus*, 14 marzo 2020. Quest'ultimo nota infatti come «L'Italia invece non ha norme costituzionali per emergenze del tipo di quella che stiamo vivendo».

¹²⁶ Secondo un'interpretazione restrittiva e oggettiva, c'è chi lega i presupposti della necessità e dell'urgenza ex art. 77, Cost. alla sussistenza di fatti non prevedibili che espongono a pericolo beni fondamentali della persona, quali la vita e l'incolumità. Il maggioritario orientamento dottrinale, invece, ritiene che siffatti presupposti siano da intendersi in senso soggettivo, nel senso che dipendono da un giudizio politico, che spetta in ultima istanza al Governo, circa l'impossibilità affrontare l'ordinario *iter* parlamentare. Sul punto, cfr. *ex multis* R. Bin, G. Pitruzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2014, 383; A. Celotto, E. Di Benedetto, Art. 77, in Aa.Vv. *Commentario alla Costituzione*, in *leggiditalia.it*. Di recente, cfr. F. Valentini, *Necessità e urgenza: L'evoluzione storica e giuridica dei poteri dell'amministrazione per fronteggiare le emergenze*, in L. Giani, M. D'Orsogna, A. Police (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Napoli, 2018. Per quanto concerne invece la giurisprudenza costituzionale, v. Corte Cost., n. 171/2007 individua i presupposti ex art. 77 Cost. nella «straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito», e tale straordinarietà «può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi». Per un ulteriore approfondimento giurisprudenziale sul tema si rinvia *ex multis* Corte Cost. n. 170/2017; n. 16/2017; n. 310/2013; n. 22/2012; n. 93/2011; n. 128/2008; n. 171/2007; n. 391/1995.

¹²⁷ G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016; di recente, cfr. E.C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bolo-

Nella legislazione in materia di protezione civile¹²⁸, ad esempio, si prevede la possibilità per il Consiglio dei Ministri di dichiarare lo stato d'emergenza¹²⁹ in presenza degli eventi definiti dall'art. 7, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 1/2018, come le «emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24». Tale dichiarazione si inserisce nel procedimento volto ad attivare alcuni strumenti di gestione dell'emergenza previsti dal Codice della protezione civile, tra i quali, *in primis*, i poteri di ordinanza di protezione civile *ex art.* 25¹³⁰.

Ad ogni buon conto, secondo la giurisprudenza costituzionale e amministrativa¹³¹, i presupposti per l'adozione delle ordinanze atipiche sono costituiti dalla contingibilità, ossia la presenza di un fatto imprevedibile ma temporaneo; dalla necessità, ovvero l'impossibilità di affrontare tale fatto contingibile con gli strumenti giuridici ordinari; infine, dall'urgenza, cioè l'impossibilità di rinviare

gna, Bononia University Press, 2019, *passim*. In ordine alla compatibilità costituzionale delle ordinanze atipiche, le opinioni in dottrina non sono però unanimi: v., ad esempio, G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, 424 ss. Sul potere di ordinanza, la letteratura è invero vastissima: cfr *ex multis* G.U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza*, in Aa.Vv., *Noviss. Dig. it.*, Torino, XII 1965, 89 ss.; F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in Aa.Vv., *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principi di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990.; M. Cerase, *Ordinanze di urgenza e necessità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3985 ss.; R. Cavallo Perin, *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in Aa.Vv. del *Dig. disc. pubbl.*, I aggiornamento, Torino, 2010, 336 ss.; A. Cardone, *La "normalizzazione" dell'emergenza*, Torino, 2011, *passim*. Poteri di ordinanza contingibili e urgenti sono previsti tra l'altro dall'art. 2, comma 1, del r. d. 18 giugno 1931, n. 773 (TULPS), dall'art. 32, comma 1, della l. 23 dicembre 1978, n. 833, dall'art. 8, comma 1, della l. 3 marzo 1987, n. 59, dall'art. 9 della l. 26 ottobre 1987, n. 59, dall'art. 191, comma 1, 3 aprile 2006, n. 152 e dagli artt. 50, comma 5, e 54, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL).

¹²⁸ Cfr. d.l. 2 gennaio 2018, n. 1 «Codice della protezione civile». In materia di protezione civile v. *ex multis* M. Di Raimondo, *Protezione civile*, in Aa.Vv., *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 494 ss.; L. Giampaolino, *Il servizio nazionale di protezione civile*, Milano, 1993; V. Pepe, *Il diritto alla protezione civile*, Milano, 1996; G. Groppo, *La normativa sulla protezione civile: competenze di Stato, regioni, enti locali e volontariato*, Roma, EPC, 2006 e A. Mezzotero, *L'Ufficio del Commissario Delegato ex art. 5, legge n. 225 del 1992*, in *Rass. avv. Stato*, 1/2010, 160 ss.

¹²⁹ Cfr. art. 24, comma 1, del d.l. 2 gennaio 2018, n. 1.

¹³⁰ Più nello specifico, sulle ordinanze di protezione civile v. *ex multis* V. Salamone, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 3/2008, 937 ss.; G.U. Rescigno, *Sviluppi e problemi nuovi in materia di ordinanze di necessità e urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/1995, 2185 ss.; C. Ventimiglia, *Un'emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Il Consiglio di Stato*, 4, 2004, 941 ss. Cfr. art. 24, comma 1, del d.l. 2 gennaio 2018, n. 1.

¹³¹ Sui presupposti per l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti si vedano *ex multis* – con riferimento alla giurisprudenza costituzionale – Corte Cost. n. 4/1977, nonché – con riferimento alla giurisprudenza amministrativa – Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2000, n. 2361 e Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5239.

l'intervento in ragione dei possibili danni incombenti¹³². Una situazione di tal fatta legittima dunque l'esercizio di poteri *extra ordinem* e di carattere temporaneo¹³³, che possono eventualmente essere esercitati anche in deroga a norme di rango primario, ma pur sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico¹³⁴ – tra cui, in particolare, il principio di proporzionalità¹³⁵ –, nonché di alcuni requisiti formali e procedurali¹³⁶. L'atipicità dei poteri di necessità ed urgenza genera ovvie frizioni con il principio di legalità sostanziale¹³⁷.

Come è stato condivisibilmente osservato¹³⁸, a differenza di precedenti situazioni emergenziali scaturite da eventi calamitosi circoscritti nel tempo e nel-

¹³² Cfr. M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 735 ss., 746 che sul punto richiama V.E. Orlando, *Intorno ai provvedimenti d'urgenza secondo la legge comunale e provinciale*, in *Foro it.*, 3, 1935, 150 ss. Per una ricostruzione parzialmente diversa dei presupposti dei poteri di ordinanza contingibili e urgenti si rimanda invece a R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità: Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 321 ss.

¹³³ La necessità di una limitazione temporale dell'efficacia delle ordinanze in esame è stata affermata ripetutamente sin dalla fondamentale sentenza Corte Cost., n. 8/1956, n. 8. Anche Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2003, n. 6168 rileva sul punto che «connotato essenziale [delle ordinanze *extra ordinem*] è l'idoneità della misura in relazione al rischio che si intende fronteggiare [...] per cui la durata del provvedimento è collegata al permanere, appunto, dello stato di necessità».

¹³⁴ Cfr. *ex multis* Corte Cost., n. 26/1961, secondo la quale le ordinanze contingibili e urgenti «non possono mai essere in contrasto con i detti principi, dovunque tali principi siano espressi o comunque essi risultino, e precisamente non possono essere in contrasto con quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria». Nello stesso senso, cfr. Corte Cost., n. 8/1956 e n. 127/1995 nonché – con riferimento alla giurisprudenza amministrativa – Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 1998, n. 197.

¹³⁵ Altri principi generali dell'ordinamento giuridico che le ordinanze contingibili ed urgenti dovrebbero rispettare vengono rinvenuti nei principi di sussidiarietà e leale collaborazione (cfr. Corte Cost., n. 39/2003 e Corte Cost., n. 327/2003), nonché nei principi derivanti dall'ordinamento comunitario.

¹³⁶ Tali limiti vengono individuati dalla giurisprudenza in particolare nell'obbligo di motivazione, di pubblicazione (in caso di provvedimento di carattere non esclusivamente individuale) e di specifica indicazione delle norme di legge eventualmente derogate. A riguardo v. *ex multis* Corte Cost. n. 8/1956 e n. 127/1995 nonché – per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa – Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799.

¹³⁷ Sul punto si deve ricordare che secondo Corte Cost., n. 115/2011, anche in materia di ordinanze contingibili e urgenti resta indispensabile una determinazione del potere pubblico «nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» sicché si escludono norme attributive di tali poteri costituenti mere rinvii «in bianco». Non è peraltro mancata, in considerazione della rilevanza primaria degli interessi coinvolti, l'esigenza di adottare un'interpretazione restrittiva del concetto di emergenza, anche al fine di arginare l'uso disinvolto dei poteri di ordinanza che nei passati decenni è divenuto una prassi ricorrente in Italia: basti pensare alla gestione «emergenziale» dei c.d. grandi eventi. Al riguardo v. – con riferimento ai c.d. grandi eventi – F. Battini, *Il controllo di legittimità sulle ordinanze extra ordinem relative a grandi eventi*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2010, 636 ss.; M. Allena, M. Capantini (a cura di), *I grandi eventi: la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia, Approfondimenti online*, 2/2015; M. Capantini, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultra statali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le Olimpiadi invernali "Torino 2006"*, in *Dir. amm.*, 1-2/2012, 189 ss e R. Scarsi, *Problemi e criticità gestionali dei grandi eventi: il caso dei giochi olimpici*, in *Econ. dir. terziario*, 2/2007, 491 ss.

¹³⁸ Cfr. A. Mangia, intervento al convegno «*Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus - prima giornata*», registrato a Zoom Cloud Meeting l'8 aprile 2020, nonché le conclusioni di G. Morbidelli al medesimo convegno. In questo senso v. anche F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 8 ss.

lo spazio (come i terremoti o le alluvioni), l'emergenza sanitaria da *Covid-19* presenta spiccati elementi di novità e specialità¹³⁹.

Non pare revocabile in dubbio, infatti, che le situazioni di necessità e urgenza che normalmente innescano l'adozione dei descritti poteri straordinari non realizzino un inedito "paradigma di governo" e una generalizzata rimodulazione dei rapporti individuo-autorità¹⁴⁰, fenomeni ai quali stiamo, invece, assistendo in occasione di questa drammatica emergenza sanitaria.

Invero, a partire dal d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e sino al vigente d.l. 25 marzo 2020, n. 19, come si è accennato, nel nostro ordinamento si è instaurato un vero e proprio "stato d'assedio sanitario" che ha pervasivamente inciso sull'ordinario tessuto giuridico, sociale ed economico, nonché, per quanto più specificamente interessa in questa sede, sull'equilibrio tra situazioni giuridiche soggettive attive e passive.

Ciò che rende peculiare l'attuale situazione d'emergenza – almeno nella sua fase più acuta – è il fatto che essa, minando valori essenziali dell'ordinamento, quali la vita e la salute dei consociati, imputa non soltanto allo Stato-apparato la responsabilità originaria di assicurare la sopravvivenza della collettività, ma coinvolge anche lo Stato-comunità in una prospettiva di solidarietà orizzontale, nella quale i soggetti dell'ordinamento, pur trovandosi in una situazione di soggezione, sono responsabilmente "chiamati alle armi" per la realizzazione dell'obiettivo comune che s'impone come prioritario rispetto alla protezione di altri valori.

La scala discendente di interessi che la corrente emergenza sanitaria dispone, l'implicata esigenza di unità e prontezza di decisione e la valorizzazione di doveri e di responsabilità, costituiscono alcune delle principali matrici dell'ordinamento militare¹⁴¹.

¹³⁹ Essi fanno riemergere la principale deficienza delle teorie dello stato d'emergenza, cioè che queste ultime sono state generalmente elaborate in una prospettiva rivolta al passato e con riferimento a casi concretamente verificatisi, che nel tempo si sono andati a tipizzare (l'esempio calzante è quello dei conflitti bellici). Ciò rende queste elaborazioni teoriche non del tutto adeguate qualora, in forza della stessa natura imprevedibile e straordinaria delle emergenze, si presentino fenomeni emergenziali inediti e al di fuori degli schemi derivati dall'esperienza passata. Tali situazioni inedite – e si può ritenere che l'attuale crisi lo sia – richiedono, infatti, al giurista uno sforzo ulteriore per collocarle all'interno del sistema. Sul punto si rimanda anche a S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, in S. Romano, *Diritto costituzionale. Scritti minori*, Milano, 1990, 349 ss., 350.

¹⁴⁰ A differenza degli effetti derivanti dal ricorso ai decreti-legge, ai poteri di ordinanza contingibili e urgenti o agli strumenti della protezione civile, infatti, la reazione all'attuale emergenza pare avere un impatto sistemico rievocando ancora una volta la nozione di necessità elaborata da S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, cit. 357-362, secondo il quale la necessità assurge a vera e propria fonte primaria del diritto che crea, a prescindere dalla veste formale che viene dato a tale passaggio, un nuovo ed eccezionale ordinamento giuridico che «determina in modo diverso i confini rispettivi della potestà dello Stato e dell'attività dei singoli».

¹⁴¹ Così F. Fracchia, *Stato e Forze Armate: la specialità del relativo ordinamento a presidio della sovranità*, *Recensione alla monografia di Riccardo Ursi, L'amministrazione militare*, Torino, 2018, in *Riv. it. dir. pubbl.*

In effetti, di fronte al rischio che mina le fondamenta di un ordinamento, l'accostamento alla Guerra e alle vicende belliche pare tutt'altro che peregrino.

Anzitutto, è stato notato al riguardo che l'emergenza sanitaria presenta, dal punto di vista fattuale, una serie di analogie con lo stato di guerra. Ciò emerge, da un lato, dalla terminologia e dalla retorica impiegata in tutti i settori della vita associata¹⁴², come anche dalle inusuali dimensioni temporali e spaziali dell'emergenza¹⁴³; dall'altro lato, dette assonanze scaturiscono dalla percezione più marcata delle manifestazioni di sovranità dello Stato¹⁴⁴, nonché – come detto – dal coinvolgimento organico dell'intera collettività nel contenimento della diffusione dell'epidemia, mediante una costante e progressiva valorizzazione di doveri e responsabilità¹⁴⁵.

Anche sul piano economico, l'odierno stato dei fatti non pare tanto dissimile da ciò che accade nel corso di eventi bellici, fortunatamente remoti. Il DPCM 22 marzo 2020, e successivamente il DPCM 10 aprile 2020, come si è visto, hanno ridotto drasticamente l'attività produttiva nazionale, a eccezione di talune filiere ritenute indispensabili (in particolare quelle agro-alimentari), dei servizi essenziali e di pubblica utilità, nonché delle attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale.

Non si può peraltro ignorare la riconversione dell'attività produttiva di alcune note realtà industriali allo scopo di realizzare beni e strumenti necessari per affrontare la crisi sanitaria in atto¹⁴⁶. Inoltre, dai poteri – tra i tanti – del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica *Covid-19*¹⁴⁷ di acquisi-

comun., in corso di pubblicazione. Sull'ordinamento militare, cfr., da ultimo, R. Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino, 2018, *passim*.

¹⁴² Alcuni dei termini e delle espressioni più ricorrenti sono richiamati efficacemente da L. Ferrarella, *Milano, il Coronavirus peggio dei bombardamenti: superate le vittime civili della guerra*, in *Corriere della Sera*, ed. del 15 aprile 2020: «Siamo in guerra!», «trincea» degli ospedali, «battaglie» in corsia, «soldati» allo sbaraglio, i «caduti» al «fronte», «eroi», «martiri», «bollettino» quotidiano dei morti, e così via.

¹⁴³ F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 8.

¹⁴⁴ Sul punto paiono particolarmente rilevanti gli artt. 3, comma 5 del d.l. n. 6/2020 e 4, comma 9, del d.l. n. 19/2020, che permettono al Prefetto di avvalersi delle Forze armate per assicurare l'esecuzione delle misure di contenimento. Tale possibilità viene anche confermata nei successivi DPCM adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri; da ultimo, cfr. art. 7 del DPCM 11 aprile 2020.

¹⁴⁵ F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, cit., 575-576.

¹⁴⁶ Si pensi, tra i tanti, agli esempi virtuosi di Ferrari, Gucci, Armani, Fater.

¹⁴⁷ L'art. 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19» (c.d. «Decreto Cura Italia»), ha istituito il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza epidemiologica Covid-19, soggetto dotato di amplissime competenze in materia di gestione dell'emergenza sanitaria. In particolare, al Commissario straordinario sono state attribuite, tra l'altro, le funzioni di (i) attuare e sovrintendere a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa; (ii) potenziare la capienza delle strutture ospedaliere,

re e sostenere la produzione di ogni genere di bene strumentale a contenere l'emergenza, non possono sfuggire i plurimi parallelismi con ciò che viene definita un'economia di guerra¹⁴⁸.

Nella stessa logica si colloca il significativo potenziamento, per mezzo del d.l. n. 23/2020, della normativa sui c.d. *golden powers*, strumento principale per la difesa da parte dello Stato degli *asset* e dei settori strategici per l'economia nazionale¹⁴⁹. Al chiaro affievolimento delle esigenze del mercato di fronte all'emergenza sanitaria¹⁵⁰, corrisponde, inoltre, un rilevante intervento pubblico nell'economia, anche e soprattutto allo scopo di arginare ciò che già costituisce per molti un'emergenza economica alla quale farà verosimilmente seguito una vera e propria fase di "ricostruzione" post-bellica¹⁵¹.

anche mediante l'allocazione delle dotazioni infrastrutturali, disponendo con particolare riferimento ai reparti di terapia intensiva e sub-intensiva, la requisizione di beni mobili, mobili registrati e immobili; nonché (iii) di organizzare e svolgere le attività propedeutiche alla concessione degli aiuti per far fronte all'emergenza sanitaria, da parte delle autorità competenti nazionali ed europee, nonché di provvedere alla gestione coordinata del Fondo di solidarietà dell'Unione europea (FSUE).

¹⁴⁸ Su punto si veda *ex multis*, V. Castronovo, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*, Torino, 2013, 180 ss.

¹⁴⁹ Gli artt. 15 e 16 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali» (c.d. "Decreto Liquidità"), hanno ampliato notevolmente i poteri del Governo in materia di c.d. *Golden Power*. Rientrano nel perimetro applicativo di tale disciplina il settore finanziario creditizio ed assicurativo, le attività di approvvigionamento di fattori produttivi critici (tra i quali rientrano l'energia, le materie prime e la sicurezza alimentare), le attività implicanti l'accesso ad informazioni sensibili (quali per esempio dati personali) e i mezzi di comunicazione. Inoltre, l'art. 16 del d.l. n. 23/2020 ha introdotto la possibilità per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in caso di violazione dell'obbligo di notifica ed anche in assenza della notifica medesima, di avviare d'ufficio il procedimento ex d.l. n. 21/2012, conv. nella l. n. 56/2012.

¹⁵⁰ Per far fronte alle implicazioni economiche dell'emergenza *Covid-19*, a livello eurounitario sono stati ampliati gli spazi di manovra degli Stati membri in materia di politica economica con un contestuale arretramento della tutela della concorrenza. Infatti, nel corso dell'emergenza *Covid-19* è stato sospeso il patto di stabilità (cfr. *Dichiarazione dei ministri delle Finanze dell'UE sul Patto di stabilità e crescita alla luce della crisi della Covid-19* del 23 marzo 2020); sono stati concessi agli Stati membri maggiori spazi di manovra in materia di aiuti di stato (cfr. Commissione europea, *Comunicazione della Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, Bruxelles, 19.3.2020 C(2020) 1863 final). A ciò si sono aggiunte specifiche disposizioni derogatorie alle procedure ad evidenza pubblica introdotte dagli artt. 72, 75, 86, 91 e 120 del d.l. n. 18/2020. Al riguardo v. L. Bartolucci, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 8 aprile 2020; M. Irrera, G. A. Policaro, *Il sostegno alla liquidità delle PMI da parte del sistema bancario ai tempi del coronavirus*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 6 aprile 2020 e U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 8 aprile 2020.

¹⁵¹ Il governo era intervenuto sin dall'inizio per contemperare gli effetti avversi dell'emergenza *Covid-19* sull'economia. Dapprima, il Governo aveva adottato il d.l. 2 marzo 2020, n. 9, «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», recante delle prime misure di sostegno per le famiglie, i lavoratori e le imprese direttamente colpite dalla crisi sanitaria. Con l'aggravarsi dell'emergenza sanitaria e della conseguente crisi economica, il Governo ha adottato il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Decreto Cura Italia") recante ampie misure di sostegno alle famiglie e alle imprese. In particolare, con il d.l. n. 18/2020, lo Stato è intervenuto ad ampio spettro potenziando il servizio sanitario, incentivando la produzione di mascherine chirurgiche e di dispositivi di protezione individuale, prevedendo misure di

A tacere dell'eloquente dato fattuale, occorre tuttavia verificare se sia costituzionalmente consentito ricondurre l'attuale emergenza sanitaria allo "stato di guerra" di cui all'art. 78, Cost.¹⁵².

La predetta operazione ermeneutica, infatti, almeno per quanto più interessa ai nostri fini, fornirebbe sul piano costituzionale una base giustificativa al significativo arretramento dei diritti (attuato per mezzo dell'assetto straordinario di poteri emergenziali così come delineato in particolare dal vigente d.l. n. 19/2020) e alla parallela valorizzazione dei doveri. Basti pensare, infatti, che la deliberazione da parte delle Camere dello stato di guerra *ex art. 78, Cost.*¹⁵³, comporta l'attribuzione al governo dei «poteri necessari», sicché – come sta accadendo in occasione della crisi sanitaria in corso – potrebbe apparire costituzionalmente legittima una gestione prevalentemente "amministrativa" dell'emergenza, tenuto anche conto della minore incisività del controllo parlamentare rispetto a quello che sarebbe previsto dall'art. 77, Cost.¹⁵⁴.

A questa soluzione interpretativa, secondo parte della dottrina, sembra tuttavia ostare l'argomento testuale in base al quale un'emergenza sanitaria non sarebbe in alcun modo assimilabile a un evento bellico¹⁵⁵; quand'anche lo fosse, comunque, difetterebbe nella fattispecie in analisi la preventiva deliberazione parlamentare dello stato di guerra¹⁵⁶.

In riferimento a questo vizio formale, non si è però mancato di rilevare, in base a un'interpretazione estensiva dell'art. 78, Cost., e valorizzando il principio di necessità che innerva la carta costituzionale, come la sopravvenuta emanazione

sostegno al lavoro (es. estendendo la possibilità di ricorrere alla cassa integrazione in deroga), adottando misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario (es. per mezzo del Fondo di garanzia per le PMI e il c.d. Fondo Gasparini) e introducendo particolari misure fiscali di sostegno alle famiglie ed alle imprese. Da ultimo, con il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "Decreto Liquidità") il Governo ha adottato ulteriori misure di sostegno al sistema economico italiano. Un ruolo centrale nel Decreto Liquidità riveste S.A.C.E. S.p.A. alla quale gli art. 1, 2 e 3 del medesimo d.l. hanno attribuito la funzione di concedere garanzie, per un valore complessivo di 200 miliardi di euro, in favore di banche ed altri istituti finanziari al fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia. SACE S.p.A. concorda con Cassa depositi e prestiti le relative strategie industriali e commerciali e consulta il Ministero dell'economia e delle finanze circa le decisioni rilevanti ai fini del sostegno al sistema economico.

¹⁵² Sulla nozione giuridica di guerra, v. G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2004; U. Gori, *Guerra*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 426 ss. e M. Fiorillo, *Guerra e diritto*, Bari, 2009.

¹⁵³ Cfr., in generale, A. Patroni Griffi, *Art. 78*, in Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, in *leggiditalia.it*. e P. Pinna, *Guerra (stato di)*, in Aa.Vv., *Digesto-online*, in *leggiditalia.it*.

¹⁵⁴ Così A. Mangia, intervento al convegno "Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus - prima giornata", cit.

¹⁵⁵ Questa, ad esempio, è l'opinione di S. Cassese espressa nell'intervista rilasciata a *Il Dubbio* in data 14 aprile 2020.

¹⁵⁶ G. Cerrina Feroni, intervento al convegno "Il diritto dell'emergenza nella crisi da Coronavirus - prima giornata", registrato a Zoom Cloud Meeting l'8 aprile 2020.

del d.l. n. 19/2020 potesse in qualche modo aver “convalidato” il precedente (e viziato) assetto giuridico emergenziale¹⁵⁷.

In effetti, pare innegabile, che, così come uno stato di guerra, la crisi sanitaria in atto possa ritenersi – almeno nella sua fase più acuta – un’emergenza “esistenziale”, che irrompe con un’intensità tale da far riemergere la situazione di necessità dalla quale, secondo l’insegnamento di Santi Romano, lo stesso ordinamento statale trae origine¹⁵⁸, senza considerare che si può (anche) dare «uno stato d’assedio imposto, non per reagire ad un’illecita attività contro l’ordine costituito, ma per rimediare al dissolvimento di ogni organizzazione sociale e politica avvenuto per un fenomeno del tutto involontario e naturale»¹⁵⁹.

Ad ogni modo, se è vero che sul piano della Costituzione formale l’emergenza sanitaria non sia chiaramente sussumibile nel più grave stato di guerra di cui all’art. 78, Cost., non adeguatamente giustificato appare, nell’attuale situazione di crisi, il sensibile allentamento dei poteri di controllo parlamentare sull’operato del governo; in base all’argomento “come il più contiene il meno”, se in tempo di guerra la Costituzione richiede una pur preventiva deliberazione delle Camere, non sembra ammissibile che nella differente (e apparentemente meno grave) ipotesi dello stato di emergenza sanitaria il disequilibrio tra Esecutivo e Legislativo si palesi così marcato¹⁶⁰.

7. *L’emergenza sanitaria nel prisma dei doveri*

Come più volte ricordato nel presente lavoro, doverosità, responsabilità e solidarietà sono dimensioni che riecheggiano in modo costante in questi giorni.

¹⁵⁷ È la tesi di G. Morbidelli, esposta nel corso del convegno “*Il diritto dell’emergenza nella crisi da Coronavirus - seconda giornata*”, registrato a Zoom Cloud Meeting il 9 aprile 2020.

¹⁵⁸ Cfr. S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, cit., 362, secondo il quale nella «necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale». Ciò fa intendere che lo Stato sorge per la necessità di garantire l’ordine e la sicurezza dei consociati e che, qualora si ripresenti la necessità di garantire tali valori primari, riemerge anche tale funzione perentoria dell’ordinamento statale.

¹⁵⁹ Ancora, S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio-Calabria*, cit., 351.

¹⁶⁰ Questo interessante spunto interpretativo si deve al Prof. Francesco Volpe. Occorre comunque notare che permane il potere parlamentare di conversione dei decreti-legge ai sensi dell’art. 77, Cost. Va inoltre segnalato che l’art. 2, comma 5, del d.l. n. 19/2020 ha stabilito che i provvedimenti emanati in attuazione dell’art. 2 cit. devono essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e comunicati alle Camere entro il giorno successivo alla loro pubblicazione. Inoltre, il Presidente del Consiglio dei ministri o un Ministro da lui delegato ha l’obbligo di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate ai sensi del citato decreto. Una parte della dottrina ha rilevato l’insufficienza degli strumenti di controllo descritti, auspicando un maggior coinvolgimento del Parlamento: cfr. F. Cintioli, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, cit., 10-11.

Esse imperniano l'intero sistema normativo e amministrativo dell'emergenza sanitaria, sia dal lato passivo dei destinatari delle misure emergenziali, sia dal lato attivo di coloro sui quali incombe la responsabilità (*in primis* politica) di adottare siffatte misure.

A ulteriore conferma della felice intuizione del diritto ambientale quale «diritto-sonda», per gli istituti e le categorie che avvia e anticipa¹⁶¹, tra i principi che hanno ispirato – e che ispirano tuttora – l'azione multilivello di governo dell'emergenza, infatti, figurano i principi di precauzione e di prevenzione, che sono chiaramente intrinseci di queste matrici¹⁶².

È noto che siffatti principi e, in particolare, la precauzione, si legano indissolubilmente alla nozione di rischio e al fatto che l'epidemia, ancora una volta, ha messo in luce i limiti della scienza e l'incapacità della stessa di fornire risposte certe¹⁶³. Mentre la prevenzione si fonda sull'esistenza di un rischio calcolabile e “misurabile”, la precauzione presuppone e incorpora l'incertezza sull'esistenza o sull'estensione di un rischio e, cioè, l'incertezza circa la verifica di un evento dannoso o l'ignoranza degli effetti legati a un evento pericoloso identificato¹⁶⁴. Il rischio sanitario ha peraltro connotazioni del tutto peculiari per il suo carattere collettivo, la globalità dei pericoli e la derivazione dai processi di industrializzazione¹⁶⁵.

A ben vedere, più che l'approccio precauzionale – che ha dominato soltanto una prima fase dell'emergenza e che semmai ha caratterizzato le scelte compiute da talune regioni (come quelle meridionali) per evitare o ridurre il rischio di diffusione dell'epidemia anche in altre aree del Paese –, a partire dalla piena contezza dei gravi effetti legati al contagio da *Covid-19* sulla vita e sulla salute degli individui¹⁶⁶, i decisori politici hanno fatto ricorso a misure più chiaramente ispirate al principio di prevenzione.

¹⁶¹ Cfr. R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella “società del rischio”*, in *Dir. e società*, 2006, 514, secondo il quale «il diritto ambientale, alla stregua di un vero e proprio diritto-sonda, avvia ed anticipa istituti e categorie che si insediano successivamente nel sistema del diritto amministrativo generale».

¹⁶² F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, cit., 125 ss.

¹⁶³ Cfr. G. Manfredi, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1075 ss.

¹⁶⁴ F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, cit., 128. In generale, cfr. *ex multis* F. de Leonardi, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, *passim*. Da ultimo sul tema, v. R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il “diritto della scienza incerta”: tra flessibilità e sicurezza*, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, 12 ss. Il principio di precauzione frequentemente ispira le decisioni pubbliche in materia sanitaria: si pensi, tra i tanti, al caso dei vaccini. Al riguardo, cfr. N. Vettori, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2018, 181 ss.; G. Manfredi, *Vaccinazioni obbligatorie e precauzione*, in *Giur. it.*, 6, 2017, 1418 ss.

¹⁶⁵ Cfr. *supra* par. 5.

¹⁶⁶ A partire dal 23 febbraio 2020 (data di adozione del d.l. n. 6/2020 e del DPCM del 23 febbraio 2020) si può ritenere che al modello d'intervento precauzionale sia progressivamente subentrata una logica di prevenzione del rischio sanitario: v. par. 3.

Il grado di precettività delle misure, tuttavia, non è stato uniforme ma è variato al mutare della portata e dell'estensione del rischio sanitario: di fronte alla progressiva crescita della curva epidemica, infatti, alle iniziali raccomandazioni sono succedute prescrizioni vincolanti e sempre più limitative, caratterizzate essenzialmente da divieti, obblighi, doveri e sanzioni¹⁶⁷.

Non v'è dubbio, a nostro avviso, che l'autonomia concettuale e l'intrinseca flessibilità di cui sono connotati i doveri consentano, con un maggior grado di accuratezza rispetto ad altre situazioni giuridiche, di modulare e discernere la varietà delle posizioni soggettive complessivamente coinvolte dall'emergenza sanitaria.

Anche in ragione dei caratteri peculiari che l'emergenza sanitaria esibisce, come sopra illustrato, le posizioni di responsabilità gravanti sui soggetti destinatari delle misure emergenziali risultano infatti differenziate e gradate, almeno sotto un triplice profilo temporale, spaziale e personale.

Al riguardo, si considerino a titolo esemplificativo le misure straordinarie adottate a livello nazionale in materia di libertà di circolazione.

Quanto al profilo temporale, è confermato il loro progressivo "indurimento": si passa, infatti, dall'originaria raccomandazione a «evitare» gli spostamenti¹⁶⁸ all'attuale previsione che consente soltanto determinati spostamenti¹⁶⁹, configurando un dovere negativo generalizzato.

Il profilo spaziale emerge con chiarezza dall'esame della disciplina a "zone"¹⁷⁰, che inizialmente ha differenziato le misure imposte ai cittadini in relazione al loro collocamento nelle Zone rossa, gialla o nel restante territorio nazionale¹⁷¹. Similmente, è seguito un successivo provvedimento che ha graduato secondo differenti criteri spaziali le misure limitative¹⁷²: infatti, mentre chi si trovava in Lombardia, o nelle altre province elencate dall'art. 1 del decreto, era tenuto ad evitare gli spostamenti non giustificati da determinati ragioni, per il restante territorio nazionale si raccomandava solamente di limitare gli spostamenti ai casi strettamente necessari. Anche in seguito all'abbandono dell'approccio "a zone"¹⁷³ in favore dell'adozione di misure uniformi per l'intero territorio nazionale, i doveri

¹⁶⁷ Va comunque rilevato che le restrizioni poste da alcune regioni dell'Italia meridionale non necessariamente sono state calibrate in virtù dell'andamento, più o meno grave, del concreto rischio sanitario sul territorio interessato: v. *supra* par. 4.

¹⁶⁸ Cfr. art. 1, lett. a), DPCM dell'8 marzo 2020.

¹⁶⁹ Cfr. art. 1, lett. a), DPCM del 10 aprile 2020.

¹⁷⁰ Cfr. DPCM 1° marzo 2020 che all'art. 1 poneva la disciplina relativa alla c.d. "Zona Rossa", all'art. 2 prevedeva misure per la c.d. "Zona gialla" e alcune misure aggiuntive per altre aree ("Zona arancione") e agli artt. 3 e 4 dettava misure applicabili sull'intero territorio nazionale.

¹⁷¹ Cfr. *supra* par. 3.

¹⁷² Cfr. DPCM dell'8 marzo 2020 e, in particolare, gli artt. 1, comma 1, lett. a) e 3, comma 1, lett. c).

¹⁷³ In particolare, a partire dal DPCM 9 aprile 2020, sono state introdotte misure uniformi per l'intero territorio nazionale, così abbandonando l'approccio "a zone" dei precedenti DPCM.

hanno mantenuto una loro dimensione spaziale: infatti, in forza delle ordinanze adottate specialmente a livello regionale e comunale, i doveri continuano a presentarsi con diverse graduazioni a seconda dell'ambito territoriale considerato¹⁷⁴.

Sotto il profilo personale, la graduazione dei doveri ha seguito il criterio della rischiosità della relativa categoria di individui. Questo aspetto si coglie per esempio nell'art. 1 del DPCM 10 aprile 2020, laddove, mentre per la generalità dei soggetti sono consentiti solo gli spostamenti motivati da ragioni tassativamente stabilite¹⁷⁵, ai soggetti che presentano sintomatologie (che pertanto espongono la collettività a più elevati rischi di contagio) viene raccomandato fortemente di rimanere presso il proprio domicilio e di ridurre i contatti sociali. Così come ai soggetti risultanti positivi al *Covid-19*, e che pertanto espongono la collettività a un rischio certo di contagio, viene fatto divieto assoluto di mobilità. Al contempo, ad altri soggetti, in funzione dell'attività da essi svolta, vengono imposti doveri (positivi) di fare, come quello di garantire la continuità dei servizi essenziali e di pubblica utilità¹⁷⁶.

Pur nella consapevolezza che il linguaggio giuridico (ivi compreso, in specie, quello utilizzato per la composizione del tessuto normativo emergenziale sopra rammentato) ricorre più frequentemente alla categoria degli "obblighi" piuttosto che a quella dei "doveri", al riguardo parrebbe più appropriato il richiamo ai "doveri in senso stretto" di romaniana memoria, a fronte dei quali possono corrispondere differenti posizioni attive. Dall'emersione della fase più acuta dell'emergenza, infatti, ai doveri – perlopiù di non fare – si correla la situazione attiva del potere (pubblico) di garantirne l'osservanza mediante la "minaccia" della

¹⁷⁴ A mero titolo d'esempio si ricorda che mentre in Sicilia, in forza dell'ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 6 del 19 marzo 2020, è stato fatto divieto di compiere attività motoria o sportiva all'aperto, in Veneto, in base all'ordinanza del Presidente della Regione Veneto n. 37 del 20 marzo 2020, l'attività motoria e sportiva è stata consentita solo nell'immediata vicinanza dell'abitazione e a distanza comunque non superiore a 200 metri.

¹⁷⁵ Cfr. art. 1, comma 1, lett. a), DPCM 10 aprile 2020 ai sensi del quale «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute».

¹⁷⁶ Tali doveri positivi si desumono non solo dall'art. 2, comma 4, del DPCM 10 aprile 2020, che consente la prosecuzione dei servizi essenziali e di pubblica utilità ma anche dall'art. 1, comma 3 del d.l. n. 19/2020, ai sensi del quale «può essere imposto lo svolgimento delle attività non oggetto di sospensione in conseguenza dell'applicazione di misure di cui al presente articolo, ove ciò sia assolutamente necessario per assicurarne l'effettività e la pubblica utilità, con provvedimento del prefetto assunto dopo avere sentito, senza formalità, le parti sociali interessate». Inoltre, con particolare riferimento al personale sanitario, una posizione di dovere (positivo) pare desumibile dall'art. 1, comma 1, lett. r) del DPCM 10 aprile 2020 ai sensi del quale «sono sospesi i congedi ordinari del personale sanitario e tecnico, nonché del personale le cui attività siano necessarie a gestire le attività richieste dalle unità di crisi costituite a livello regionale». Più in generale, la peculiare posizione soggettiva del personale sanitario chiamato solidariamente "alle armi" parrebbe altresì emergere dall'ordinanza della Presidente della Regione Umbria del 3 aprile 2020, n. 15 che raccomanda «che le attività di vendita di generi alimentari e di prima necessità garantiscano un accesso prioritario a medici, infermieri, operatori socio sanitari (OSS), membri della Protezione Civile, soccorritori e volontari muniti di tesserino di riconoscimento», mettendo, pertanto, in luce un trattamento preferenziale che pare ricollegarsi agli specifici doveri (positivi) a cui assolvono i predetti soggetti.

sanzione, financo penale¹⁷⁷, in vista della tutela prioritaria della salute, sia individuale che collettiva.

Oltre alle situazioni soggettive di vincolo cui versano i destinatari dei poteri emergenziali, non bisogna invero dimenticare che una specifica posizione di responsabilità spetta altresì ai titolari di siffatti poteri. Questi ultimi, dinanzi all'incertezza scientifica, alla conseguente necessità di compiere scelte di distribuzione dei rischi (*in primis* sanitari), alla primaria rilevanza degli interessi coinvolti e all'indebolimento delle garanzie individuali, hanno il potere-dovere di applicare i principi di precauzione e di prevenzione in modo vieppiù responsabile, senza sfociare nel «totalitarismo legittimo della prevenzione dei rischi»¹⁷⁸. Così come, nell'attuale fase emergenziale, un ruolo fondamentale è assunto dal principio costituzionale di leale collaborazione tra le Istituzioni della Repubblica, quale «risvolto istituzionale della solidarietà»¹⁷⁹.

Come dimostra l'esperienza della crisi sanitaria, l'esigenza di una più significativa responsabilizzazione delle scelte istituzionali, inoltre, deriva dalla sostanziale concentrazione dei poteri emergenziali in seno all'Esecutivo, che agisce con atti prevalentemente amministrativi e secondo criteri di efficienza ed efficacia in vista del raggiungimento del risultato.

La sensibile compressione di diritti e libertà costituzionali, unita a una parallela valorizzazione dei doveri, impone di ricondurre a costituzione lo straordinario apparato di poteri e strumenti *extra ordinem* utilizzato per far fronte a una pur peculiare e gravissima situazione di crisi ordinamentale, definita alla stregua di un'«emergenza esistenziale». In assenza di una espressa copertura costituzionale e di fronte al rischio – come quello determinato dall'emergenza sanitaria in atto – che mina le fondamenta dell'ordinamento, pur con i limiti argomentativi sopra evidenziati, l'accostamento alla Guerra e alle vicende belliche non pare del tutto privo di fondamento. Maggiori perplessità, invece, desta il significativo depotenziamento del Parlamento nell'esercizio dei propri poteri di controllo sull'operato del governo¹⁸⁰.

Ciò precisato, va comunque rilevato che la portata coercitiva delle «prestazioni imposte» non esaurisce la particolare pregnanza dei doveri in analisi, che vanno «filtrati» anche alla luce del principio di solidarietà (art. 2, Cost.).

Il riferimento alla solidarietà consente di spiegare la marcata funzionalizzazione delle situazioni soggettive di vincolo al perseguimento dell'obiettivo prioritario comune, ossia la protezione dei beni essenziali della vita e della salute, individuale e collettiva.

¹⁷⁷ Cfr. art. 4, commi 1 e 6, d.l. n. 19/2020.

¹⁷⁸ U. Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit. 103-106, cit., 103-106.

¹⁷⁹ V. la Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull'attività svolta dalla Corte nel 2019, pubblicata sul sito istituzionale della Consulta in data 28 aprile 2020.

¹⁸⁰ Cfr. par. 6.

Ciò sia dal lato attivo e dalla prospettiva *top-down* del potere-dovere affidato alle autorità competenti alla gestione dello “stato di assedio sanitario”, anche a presidio del principio di uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.); sia dal lato passivo e dalla prospettiva *bottom-up* dei destinatari delle misure emergenziali, chiamati a un impegno rafforzato di adempimento ai propri doveri inderogabili di solidarietà e, in particolare, di fedeltà alla Repubblica (art. 54, Cost.).

Al verificarsi di casi straordinari o di crisi dell’ordinamento, infatti, appare ragionevole valorizzare la portata precettiva dell’art. 54, comma 1, Cost., laddove impone al cittadino di agire come «membro e parte della Repubblica», anche in assenza di un vincolo coercitivo: ciò presuppone, per un verso, un particolare rigore nell’adempimento dei doveri già fissati dalla legge e dalle altre fonti; per altro verso, il dovere di fedeltà svolge una funzione «suppletoria e integratrice» del dovere di obbedienza ai precetti dell’ordinamento¹⁸¹.

D’altra parte, una gerarchia dei valori da preservare in situazioni di gravi crisi ordinamentali come quella in esame si può anche ravvisare nell’arretramento delle esigenze del mercato¹⁸².

Anche la giurisdizione e, in particolare, il giudice amministrativo che, nella crisi odierna, assume a vero e proprio “giudice dell’emergenza”, più che a una rigida tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, pare riflettere la medesima scala discendente di interessi sopra ricordata¹⁸³.

Così come accade in altri settori dell’ordinamento (es. l’ambiente)¹⁸⁴, anche in questo caso, emerge dunque una trasversale dimensione di solidarietà che innerva il diritto dell’emergenza e che vale sia per l’amministrazione che per i privati.

La “cura di interessi altrui” richiamata dal concetto di fedeltà, l’autoresponsabilità e, più in generale, l’esigenza di farsi carico dei bisogni delle generazioni presenti più deboli o svantaggiate consente di indugiare ancora brevemente sull’efficacia “orizzontale” dei doveri imposti dalla situazione emergenziale.

¹⁸¹ C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, 52.

¹⁸² V. *supra* par. 6.

¹⁸³ Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. II, decr. monocr., 20 marzo 2020, n. 1553, secondo il quale «per la prima volta dal dopoguerra, si sono definite ed applicate disposizioni fortemente compressive di diritti anche fondamentali della persona – dal libero movimento, al lavoro, alla privacy – in nome di un valore di ancor più primario e generale rango costituzionale, la salute pubblica, e cioè la salute della generalità dei cittadini, messa in pericolo dalla permanenza di comportamenti individuali (pur pienamente riconosciuti in via ordinaria dall’Ordinamento, ma) potenzialmente tali da diffondere il contagio», circostanza che porta a concludere che «per queste ragioni, la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell’interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell’Italia oggi non superabile in alcun modo». Nello stesso senso di attribuire prevalenza all’interesse collettivo alla salute nella comparazione degli interessi in conflitto, cfr. Tar Friuli Venezia-Giulia, sez. I, decr. monocr., 10 aprile 2020, n. 31; Tar Sardegna, sez. I, decr. monocr., 7 aprile 2020, n. 122; Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, decr. monocr., 28 marzo 2020, n. 165.

¹⁸⁴ F. Fracchia, *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, cit., 151 ss.

Proprio nell'ottica del principio di solidarietà e riprendendo la classificazione romaniana, infatti, può forse trovare una qualche spiegazione la connessione funzionale – sebbene non concretizzantesi in un rapporto giuridico – che intercorre tra l'adempimento dei doveri («in senso stretto») imposti dalla situazione emergenziale e la garanzia di effettività di altrui diritti¹⁸⁵.

L'osservanza dei principali doveri negativi sopra ricordati, che mira precipuamente alla prevenzione del rischio di diffusione del contagio, è invero mediamente funzionale a una maggiore protezione non soltanto del diritto alla vita e alla salute propri, ma anche e soprattutto dei soggetti statisticamente più esposti al rischio sanitario¹⁸⁶ e di coloro che hanno contratto la malattia¹⁸⁷. A questi ultimi,

¹⁸⁵ Questa prospettiva non è rimasta ignota alla dottrina: cfr. *ex multis* M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, V, Torino, Giappichelli, 1958, 193 ss., il quale, nei rapporti di diritto privato, ha ricostruito il diritto reale come il riflesso del dovere di astenersi da ogni ingerenza nella sfera altrui. Al riguardo, possono comunque trovarsi plurimi riscontri nella giurisprudenza costituzionale: cfr. *ex multis* Corte cost. n. 288/2019, che qualifica il dovere tributario alla stregua di un «dovere inderogabile di solidarietà non solo perché il prelievo fiscale è essenziale – come ritenevano risalenti concezioni che lo esaurivano nel paradigma dei doveri di soggezione – alla vita dello Stato, ma soprattutto in quanto esso è preordinato al finanziamento del sistema dei diritti costituzionali i quali richiedono ingenti quantità di risorse per divenire effettivi: sia quelli sociali [...], sia gran parte di quelli civili [...]»; v. anche Corte cost. n. 230/2015, che ha individuato il fondamento di talune prestazioni economiche peculiari (i.e. pensione di invalidità civile per sordi e indennità di comunicazione) nell'«esigenza di assicurare – in una dimensione costituzionale orientata verso la solidarietà come dovere inderogabile (art. 2 Cost.), verso la tutela del diritto alla salute anche nel senso dell'accessibilità ai mezzi più appropriati per garantirla (art. 32 Cost.), nonché verso la protezione sociale più ampia e sostenibile (art. 38 Cost.) – un ausilio in favore di persone svantaggiate, in quanto affette da patologie o menomazioni fortemente invalidanti per l'ordinaria vita di relazione e, di conseguenza, per le capacità di lavoro e di sostentamento».

¹⁸⁶ Cfr. art. 3, comma 1, lett. b) del DPCM 10 aprile 2020, ai sensi del quale «è fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multimorbilità ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dai casi di stretta necessità».

¹⁸⁷ Spunti interessanti in tal senso si rinvengono in Corte cost. n. 218/1994, in materia di test HIV obbligatori nei luoghi di lavoro. In particolare, secondo la Corte la tutela della salute comprende la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. Sotto il profilo dell'assistenza pubblica la tutela della salute si specifica nel diritto, basato su norme costituzionali di carattere programmatico, all'erogazione, nel contesto delle compatibilità generali non irragionevolmente valutate dal legislatore, di adeguate prestazioni di prevenzione e cura, dirette al mantenimento o al recupero dello stato di benessere (sentenza n. 455 del 1990). La tutela della salute non si esaurisce tuttavia in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli interessi essenziali della comunità, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse. Salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riserva-

infatti, soprattutto nei casi più gravi di ricovero ospedaliero e/o di necessaria assistenza ventilatoria, può essere effettivamente garantita una adeguata offerta sanitaria soltanto in presenza di una correlativa domanda numericamente limitata.

Sembrerebbe dunque confermato che la tutela di valori primari (quali vita e salute) di una comunità e la sopravvivenza stessa di un ordinamento conducono a un arretramento dei diritti e a un parallelo rafforzamento dei doveri, esibendo l'effettiva ossatura dell'ordinamento. Del resto, l'«autentica sostanza» del vincolo sociale che lega una comunità politica non è tanto ravvisabile nei diritti, quanto piuttosto nei doveri¹⁸⁸.

8. Osservazioni conclusive e ulteriori scenari di ricerca

Preme in conclusione ribadire che la presente analisi coglie l'«essere» e non il «dover essere», nel senso che essa non ha alcuna pretesa di evocare una categoria «normativa». In altri termini, ciò che si è voluto dimostrare è che, accanto alla prospettiva metodologica dei diritti, pare necessario considerare, soprattutto ai fini di una più compiuta descrizione del fenomeno eccezionale analizzato, quella dei doveri e delle responsabilità.

In effetti, si è tentato di dimostrare che, nelle emergenze «esistenziali», a differenza di quanto ordinariamente accade in tempi prosperi, i diritti e le libertà – pur sempre riconosciuti e tutelati – arretrano per far spazio ai doveri e alle responsabilità al precipuo scopo di assicurare la sopravvivenza dell'ordinamento e degli individui che ne fanno parte.

È chiaro però che la prospettiva dei doveri presenti rischi considerevoli, a cui il giurista deve porre rimedio con l'individuazione di idonei «presidi» di garanzia.

In primo luogo, emerge la rilevante esigenza di una compiuta tipizzazione dei doveri in ossequio al principio di legalità.

Applicando alcune delle «matrici» che erano state a suo tempo individuate per verificare le «anomalie» dei poteri di talune Autorità indipendenti di regola-

tezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, l'art. 32 della Costituzione prevede un contemperamento del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre il bilanciamento di tale diritto con il dovere di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio. In tal caso le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse».

¹⁸⁸ Cfr. M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *astrid-online.it*, 11.

zione¹⁸⁹, se si può ragionevolmente accettare in presenza di un assetto emergenziale un fisiologico ritrarsi della matrice della c.d. “legalità-democrazia” e una conseguente atipicità delle manifestazioni autoritative¹⁹⁰, non sembra di contro ammissibile – e ciò a prescindere dal “grado” della fonte – un difetto di tipicità dei doveri. In tal caso, infatti, anche in ragione del fatto che si tratta di situazioni soggettive di vincolo alla cui inosservanza sono peraltro collegate gravi conseguenze sanzionatorie, è necessario garantire la certezza del diritto e la prevedibilità della reazione dei pubblici poteri (c.d. “legalità-prevedibilità”). A tali esigenze non si è mancato di rispondere, pur con notevoli difficoltà interpretative, con l’emanazione – a tutti i livelli di governo interessati – di numerose circolari, linee guida, raccomandazioni: ciò a dimostrazione della perdurante rilevanza teorica e pratica delle norme interne e della loro costante attitudine a “riempire” gli interstizi dell’ordinamento¹⁹¹.

In secondo luogo, la valorizzazione di doveri e responsabilità potrebbe tradursi in una surrettizia forma di funzionalizzazione immanente di diritti e libertà, che lascerebbe al «detentore momentaneo della maggioranza» un potere “conformativo” tendenzialmente illimitato¹⁹². Per questa ragione è assolutamente imprescindibile preservare gli incomprimibili spazi di garanzia riconosciuti dalla Costituzione che si fonda innanzitutto sul principio personalistico (artt. 2 e 3, Cost.).

In terzo luogo, occorre scongiurare la dimensione “moralizzatrice” cui i doveri sono intrinsecamente portatori. Difatti, come visto anche in occasione dell’emergenza sanitaria¹⁹³, l’esternalizzazione di posizioni di responsabilità in capo ai privati rischia di attribuire alle norme impositive dei doveri un’impropria funzione “purificatrice” e un conseguente inappellabile giudizio di diffusa indegnità morale e di intolleranza nei confronti di coloro che non si attengono scrupolosamente alle regole.

Anche (e non solo) per le ragioni anzidette, non sembra infondato ritenere meritevole di ulteriore riflessione l’elaborazione di una più compiuta teoria dei doveri, nella misura in cui – si badi bene – essa sia funzionale all’individuazione di una alternativa modalità di limitazione del potere pubblico, la quale potrebbe essere indagata almeno sotto un duplice profilo: da un lato, attraverso una maggiore valorizzazione del principio di funzionalizzazione del potere per meglio

¹⁸⁹ Sia consentito il rinvio a P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018, *passim*.

¹⁹⁰ Nel rispetto ovviamente dei principi generali dell’ordinamento e di tutti gli altri limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa: v. *supra* par. 6.

¹⁹¹ Sulle norme interne, da ultimo, cfr. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell’ordinamento generale. Un modello teorico-concettuale applicabile anche alle reti e all’intelligenza artificiale?*, Napoli, in corso di pubblicazione.

¹⁹² Il rischio è stato avvertito da G. Lombardi, voce «Doveri pubblici (dir. cost)», cit.

¹⁹³ Si pensi a questo proposito alla campagna governativa riassunta nello slogan “#io resto a casa”.

identificare i “doveri” cui lo stesso è sottoposto (“i doveri del potere”); dall’altro, sul lato dei privati, mediante l’analisi più approfondita delle peculiari situazioni giuridiche passive di garanzia che s’intrecciano col potere e che “dialogano” con altri diritti e interessi. D’altra parte, si è già mostrato lo stretto nesso funzionale tra l’adempimento dei doveri imposti dalla situazione emergenziale e la garanzia di effettività degli altrui diritti alla vita e alla salute.

Se la difesa dei diritti e delle libertà passa sovente attraverso lo studio dei limiti del potere e la tutela delle situazioni giuridiche attive, non risulta di contro ancora sufficientemente esplorato il terreno dei doveri.

Responsabilità, doveri e coronavirus: l'ossatura dell'ordinamento nelle emergenze "esistenziali"

L'articolo analizza l'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del *coronavirus* nel prisma delle situazioni giuridiche soggettive, assumendo una prospettiva metodologica basata sui doveri. Lo scopo della ricerca è di dimostrare che, nelle emergenze "esistenziali", a differenza di quanto ordinariamente accade in tempi prosperi, i diritti e le libertà – pur sempre riconosciuti e tutelati – arretrano per far spazio ai doveri e alle responsabilità, al precipuo scopo di assicurare la sopravvivenza dell'ordinamento e degli individui che ne fanno parte.

Responsibilities, duties and coronavirus: the skeleton of the legal system in "existential" emergencies

The work analyzes the health emergency caused by the spread of the *coronavirus* in the light of subjective legal situations, assuming a methodological perspective based on duties. The aim of the research is to show that, in "existential" emergencies, compared to what happened in prosperous times, rights and freedom – even if acknowledged and safeguarded – move back to make room for duties and responsibilities in order to ensure the survival of the legal order and the individuals that belong to it.

Seconda Parte

Articoli e saggi

La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente

Filippo Salvia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'affinamento dei concetti: dall'atto al procedimento. – 3. (*Segue*): entrano in scena i principi costituzionali. – 4. (*Segue*): la gerarchia degli interessi e l'arricchimento dei procedimenti amministrativi. – 5. I capisaldi del nuovo sistema. – 6. (*Segue*): la dissoluzione del sistema. – 7. (*Segue*). La metamorfosi indotta del sistema istituzionale.

1. *Premessa*

Con l'avvento della Costituzione repubblicana si aprono certamente scenari nuovi e suggestivi per il diritto amministrativo, ma le relative potenzialità non si manifestano immediatamente. Per lungo tempo infatti (all'incirca sino agli anni '70 del secolo scorso) i principali manuali di diritto amministrativo con in testa quello dello Zanobini ignorano sostanzialmente la presenza del nuovo testo costituzionale. Il diritto amministrativo viene ancora presentato come in passato secondo i concetti elaborati nel periodo prerепubblicano. L'atto amministrativo continua a essere descritto sulla scia della tradizione come una manifestazione di volontà, di conoscenza, di giudizio o di desiderio proveniente da una pubblica amministrazione nell'esercizio dell'attività amministrativa. (L'ultima casella predefinita, quella delle manifestazioni di desiderio era sostanzialmente riservata ai c.d. atti propulsivi come le proposte). Nella dottrina del tempo l'attività amministrativa viene considerata correttamente come una attività di cura concreta dell'interesse pubblico, ma proveniente ancora quasi esclusivamente dallo Stato-perso-

na, non dalla pluralità dei soggetti pubblici di cui parla la nuova Costituzione. In tutta la materia dominano ancora incontrastate le categorie di derivazione privatistica sia per ciò che riguarda la formazione dell'atto che le sue patologie. Proprio per tale ragione, nelle trattazioni dell'epoca, i c.d. atti di volontà occupano lo spazio più rilevante. Essi vengono coerentemente definiti come negozi di diritto pubblico o più semplicemente come atti negoziali (manifestazioni di volontà dirette a un fine). Si dà anche grande importanza, come nelle trattazioni privatistiche, agli elementi e ai requisiti dell'atto con i quali per lungo tempo vengono anche spiegati i relativi vizi, tutti imputabili (compreso l'eccesso di potere) all'autorità di amministrazione attiva. Non si parla ancora di forme di invalidità ascrivibili al procedimento.

2. *L'affinamento dei concetti: dall'atto al procedimento*

I primi segni di rinnovamento – come si accennava prima – si manifestano a partire dagli anni '70 del secolo scorso. Lo sforzo ricostruttivo più rilevante investe soprattutto il *procedimento amministrativo* che diventerà per parecchi decenni (direi sino ad oggi) il fulcro centrale del nuovo diritto amministrativo non solo nel dibattito giuspubblicistico e giurisprudenziale, ma anche in quello politico in funzione *de iure condendo*. Si potrebbe forse dire che nella nuova stagione la determinazione volitiva (la c.d. *volontà* dell'Amministrazione) non è più considerata come frutto ben definito e visibile dell'organo di amministrazione attiva preposto alla funzione, ma molto più realisticamente come il risultato di un processo decisionale assai complesso al quale partecipano i diversi soggetti pubblici e privati coinvolti a vario titolo nel procedimento.

La legge n. 241 del 1990 darà più tardi una base positiva espressa e più solida a questo concetto. Nella letteratura degli ultimi decenni del secolo scorso il centro di attenzione dunque non è più l'atto ma il procedimento e il suo corollario principale: la partecipazione, sulla quale sin dall'inizio si sviluppa una imponente letteratura interdisciplinare non priva in certi casi di vistose ingenuità – è bene non sottacerlo – venendo talvolta presentata come quell'evento messianico da lungo tempo atteso capace di dare un volto autenticamente «democratico» e «paritario» all'amministrazione, di azzerare gli arbitri dell'amministrazione e di superare, tramite soprattutto il coinvolgimento dei diretti interessati, gli egoismi dei singoli anche di fronte ai poteri ablatori della P.A. Una visione, potremmo concludere sbrigativamente di stampo ottimistico e utopico che evoca per certi versi il mito biblico sempre affascinante del «lupo e dell'agnello allo stesso pascolo». Ma, al di là di queste e altre ingenuità, non par dubbio che lo spostamento

di attenzione dall'atto al *procedimento* abbia legittimamente accreditato l'ipotesi di un rafforzamento del controllo sulla discrezionalità amministrativa, trasformando quest'ultimo da una verifica formale sulla congruenza della motivazione del provvedimento, in una verifica sostanziale a tutto campo della correttezza del processo decisionale nel suo insieme, resa possibile questa volta dall'ampliamento del procedimento e dalle nuove norme sulla trasparenza amministrativa contenute nella legge n. 241/1990 e nelle leggi di settore su singoli procedimenti ispirate anch'esse agli anzidetti principi.

3. (Segue): *entrano in scena i principi costituzionali*

Nello stesso periodo da ultimo considerato entrano anche in scena i valori costituzionali. In un primo momento, negli anni '70 (l'arco di tempo immediatamente successivo al c.d. «miracolo economico» che aveva visto crescere come non mai il benessere collettivo), si pensa infatti di poter sfruttare le nuove potenzialità offerte da un lungo periodo di alta congiuntura (il c.d. miracolo economico) e quelle di ordine giuridico offerte dal nuovo testo costituzionale (artt. 41 - 2°, 3°c.- e 43) per intraprendere una politica economica assai ambiziosa, finalizzata cioè non solo ad assecondare le tendenze espansive spontanee già presenti nel sistema (com'era già avvenuto col c.d. Piano Vanoni), ma a correggere gli squilibri territoriali e strutturali del sistema stesso per assicurare uno sviluppo equilibrato capace soprattutto di colmare il divario tra Nord e Sud (oggetto della c.d. questione meridionale), nonché le molte disarmonie tra i diversi comparti produttivi. Tralasciando di considerare i risultati di quella politica, sui quali si potrebbero forse pronunciare assai meglio economisti e politologi, mi limiterò a osservare in questa sede che l'insieme di quelle misure correttive di politica economica ha avuto un forte impatto sul sistema amministrativo nel suo complesso, con una notevole espansione ad esempio dei procedimenti pianificatori e con l'aggancio di singoli interventi infrastrutturali e di altro tipo agli organi nazionali della pianificazione economica (il CIPE). Sarebbe sufficiente richiamare al riguardo gli interventi straordinari per il Mezzogiorno e quelli affidati agli enti di gestione delle partecipazioni statali per avere un'idea dei forti cambiamenti subiti in quegli anni dal diritto amministrativo soprattutto sul versante dei procedimenti.

4. (Segue): *la gerarchia degli interessi e l'arricchimento dei procedimenti amministrativi*

Negli stessi anni sopra considerati acquista pure rilievo nel diritto amministrativo la gerarchia degli interessi di rango costituzionale, appannaggio prima di allora della dottrina costituzionalistica. Si afferma in sostanza che la primarietà costituzionale di taluni valori (come la libertà personale, la salute, l'ambiente, i beni culturali, ecc.) possa avere talune implicazioni immediate anche sul diritto amministrativo. Per effetto di ciò si ritiene in particolare che l'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, oltre a incontrare i limiti previsti espressamente dalla legge e quelli impliciti non scritti ascrivibili ai principi di ragione, sarebbe anche tenuta ad assegnare un maggior peso nella ponderazione degli interessi a quelli dotati di un maggior rilievo costituzionale. Anche questa acquisizione – come si vedrà – avrà forti ricadute sulla normativa di settore e sui relativi procedimenti. Nasce infatti e si sviluppa proprio in quella stagione una corposa legislazione sull'ambiente articolata in base ai diversi ambiti da proteggere (aria, acqua, suolo, zone di particolare pregio ecologico, etc.), nonché al tipo di aggressione potenzialmente e concretamente possibile (emissioni, scarichi, etc.). L'ampiezza e la complessità di questa legislazione hanno indotto il governo a riordinare la materia in testi omogenei di ampio respiro (Codice dell'ambiente, dei beni culturali e del paesaggio e altri testi similari finalizzati anch'essi alla tutela di interessi di spiccato valore collettivo). Tutto ciò ha avuto tra l'altro l'effetto di arricchire enormemente la tipologia dei procedimenti amministrativi a tutela degli anzidetti interessi con la previsione di piani, di standard, di autorizzazioni e controlli di tipo anche diverso da quelli della tradizione, ma quasi sempre collegati in vario modo tra loro per garantire la coerenza complessiva del processo decisionale pubblico e l'assetto gerarchico degli interessi pubblici. Nella stessa direzione poi, sotto la spinta del diritto europeo, hanno visto la luce negli ultimi decenni istituti di nuova generazione come la VIA, la VAS e simili diretti anch'essi al potenziamento degli interessi in discussione (ambiente, salute, beni culturali, etc.). Un rafforzamento ulteriore dei medesimi si è avuto anche (almeno sulla carta) con l'introduzione dei principi comunitari di prevenzione e precauzione, finalizzati – se non m'inganno – a ridimensionare il vantaggio dell'assenza di un obbligo di motivazione dell'iniziativa economica privata *ex art. 41, 1c. Cost.* nel conflitto con i c.d. interessi sensibili.

5. *I capisaldi del nuovo sistema*

Volendo semplificare al massimo il discorso si potrebbe dunque dire che il sistema amministrativo italiano, sviluppatosi faticosamente nel secondo dopo

guerra, si fonda essenzialmente sui seguenti capisaldi: a) sul recepimento della gerarchia costituzionale degli interessi (e quindi sul riconoscimento di un super valore ai c.d. «interessi sensibili» attinenti strettamente alla persona); b) su un principio di legalità rafforzato che non lascia più spazi abnormi alla prassi (proprio in virtù di tale rafforzamento è possibile forse spiegare l'attuale tendenza dei legislatori regionali a disciplinare con legge l'incarico di progettazione dei piani urbanistici, prima affidato alla volubilità della prassi amministrativa); c) su un sistema di procedimenti aperti alla partecipazione per garantire la trasparenza e l'imparzialità del processo decisionale; d) su ampi collegamenti tra i medesimi per garantire la coerenza del processo decisionale pubblico e soprattutto il rispetto della gerarchia degli interessi costituzionalmente protetti.

6. (Segue): *la dissoluzione del sistema*

Dobbiamo però riconoscere che negli ultimi anni l'equilibrio del sistema, come sopra sommariamente descritto, si è dissolto come neve al sole, non già – bisogna aggiungere – per effetto di un diverso assetto dell'impianto costituzionale (vale la pena al riguardo ricordare che gli artt. 41, commi 2 e 3 e 43 Cost. che in una certa stagione sembravano vacillare in nome del diritto comunitario, sono ancora oggi al loro posto), ma sotto la spinta di una diversa direzione del vento che ha investito le diverse componenti del sistema. Per esprimere in modo efficace questo concetto, invero poco digeribile per il giurista, abituato prevalentemente a discutere del “dover essere”, è necessario partire dal fatto che il vento (quella sorta di Motore immobile misterioso che «move il sole e tutte le altre stelle») non spirava sempre nella direzione impressa dal big bang iniziale (la Costituzione dei giuristi), avendo per sua natura l'attitudine di soffiare «dove vuole». Ciò significa fuor di metafora che un ordinamento orientato originariamente al soddisfacimento di certi interessi possa, cammino facendo, cambiare rotta sotto la spinta di impulsi provenienti dalla struttura socioeconomica di base. Qualcosa di simile è avvenuto, a nostro avviso, in tempi recenti proprio nel nostro caso. La Costituzione del '48 infatti – come tutti sappiamo – assume come valori fondamentali interessi di alto profilo qualitativo che tendono fondamentalmente alla coesione del gruppo, alla solidarietà sociale, al miglioramento della persona: il lavoro inteso come strumento per accrescere la dignità della persona (non certo come modo per schiavizzare il lavoratore alla maniera del rag. Fantozzi); la tutela del risparmio, la promozione dell'accesso alla casa e ad altre forme di proprietà privata come modo anche qui di promozione umana per incentivare una prospettiva di futuro, la funzionalizzazione di particolari forme di proprietà aventi forti implicazioni sociali

(come ad es. le foreste, le cave, le torbiere, etc.), la tutela dei beni culturali e del paesaggio-ambiente nel senso più ampio della parola. Le società in cui oggi viviamo hanno perduto purtroppo qualsiasi aggancio con i valori forti tradizionali ereditati dalle società artigiano-contadine di un tempo. Sono divenute – com'è stato detto efficacemente – delle società liquide prive di punti di riferimento, incapaci persino talvolta di percepire i disagi dei soggetti esclusi. Penso ad esempio a quest'ultimo riguardo a quell'ampia e gettonata letteratura di dubbio gusto sui c.d. fannulloni, sugli sfigati, sui bamboccioni e così via, priva assolutamente di *pietas* per chi vive nel disagio e di comprensione dei fenomeni sottostanti. Il virus della «liquidità» – se così può dirsi – ha contagiato anche e in primo luogo l'economia, dov'è prevalsa infatti la c.d. finanza impalpabile priva di sostanza, l'idea del guadagno facile basato sulla speculazione finanziaria, sul riciclaggio, sul gioco d'azzardo, sull'incentivazione dei consumi impropri, sullo sfruttamento a tutti i livelli dei soggetti deboli (dal traffico di uomini attraverso l'emigrazione clandestina alle slot machine, all'incentivazione dei consumi impropri).

Lo stesso fenomeno di sfruttamento ha interessato i beni comuni. Basti considerare la vergognosa vicenda del traffico delle grandi navi a Venezia che, nonostante le molte assicurazioni tranquillizzanti, perdura sino ad oggi, mettendo seriamente in pericolo le fondamenta stesse della città costituite da palature di legno. Non meno vergognosa è la vicenda del clima che vede ancora oggi gli Stati Uniti d'America – la prima potenza economica del Pianeta – opporsi alla introduzione di misure per contenere i rapidi cambiamenti climatici. In termini più sintetici oserei dire – mutuando il titolo dell'ultimo libro di Galbraith – che nella stagione che viviamo l'economia «della truffa» (direi meglio del malaffare) ha soppiantato quella non speculativa basata sul lavoro e su uno sviluppo reale finalizzato alla produzione di beni e servizi utili per uomini in carne e ossa. Aggiungerei che l'unico valore solido che è riuscito a consolidarsi in tanta liquidità è una straordinaria e condivisa resistenza alle dimissioni di chi ha un briciolo di potere.

7. (Segue). *La metamorfosi indotta del sistema istituzionale*

È chiaro che le anzidette trasformazioni avvenute in un primo momento nel sistema socio-economico hanno inciso profondamente sull'assetto istituzionale e sulle problematiche oggetto del nostro esame. Ritornando alle cose dette all'inizio, potremmo ad esempio dire che il procedimento amministrativo che – come si è visto all'inizio – aveva aperto la stagione della modernità è sparito quasi totalmente dall'orizzonte soppiantato da una cultura frenetica del fare e del profitto immediato privo di prospettive di lungo periodo. Sono subentrati in gran nume-

ro i “silenzi assenti” che, oltre a svuotare di significato la sequenza procedimentale, hanno fatto anche piazza pulita della “motivazione” considerata ancora oggi da qualche nostalgico come una grande conquista dei tempi moderni. Si è avuta inoltre la proliferazione dei procedimenti unici, costituiti assai spesso di sommatorie raffazzonate di frammenti di procedimenti di diversa natura non facilmente amalgamabili tra loro che hanno vanificato di fatto tutte quelle garanzie di trasparenza e di contraddittorio che erano alla base della riforma del 1990. Sono state inventate autorizzazioni in deroga di diverso tipo che hanno avuto sostanzialmente l’effetto di trasformare le situazioni di fatto in statuizioni giuridiche da rispettare e di implementare le c.d. grandi opere quasi sempre di dubbia utilità reale. Tali meccanismi – presentati quasi sempre all’opinione pubblica come invenzioni geniali di semplificazione dell’azione amministrativa per eliminare – come si ama dire – lacci e laccioli alle iniziative imprenditoriali e più in generale a chi ha voglia di fare, godono di un certo fascino non solo tra gli imprenditori, ma anche tra i lavoratori che nella prospettiva della captazione di risorse finanziarie esterne, nello sblocco dei finanziamenti pubblici e nell’acceleramento delle pratiche burocratiche intravedono prospettive di miglioramento delle loro condizioni di vita. Anche gli studiosi vedono quasi sempre di buon occhio ogni ipotesi acceleratoria dei procedimenti.

Ma se si va al nocciolo delle cose si scopre facilmente che l’ansia riformistica che negli ultimi anni ha investito tutti coloro che, a vario titolo, hanno a che fare con la cosa pubblica e col bene comune (*in primis* il legislatore) non è in realtà quella di una semplificazione virtuosa pura e semplice del sistema (su cui tutti concordiamo), ma di un sovvertimento dei valori sottostanti che sembra avere come obiettivo quello di subordinare indiscriminatamente i valori di lunga durata che caratterizzano ogni tipo di comunità a quelli di breve periodo di più immediato effetto. Questo capovolgimento di valori è oggi ad esempio percepibile chiaramente nella legislazione relativa all’assetto del territorio, costellata da deroghe di ogni sorta, in quella delle oo.pp. ispirata a un *favor* particolare per le mega-opere che attivano grandi flussi di denaro e in genere per ogni altro tipo di investimento dissipatorio di denaro pubblico.

Lo stesso snaturamento si constata negli istituti di derivazione europea, che hanno visto ad esempio in questi anni trasformare la VIA in una sorta di autorizzazione discrezionale che non esclude la ponderazione di interessi diversi da quelli ambientali e viene anche vanificata talvolta dal momento in cui essa interviene: se troppo presto (quando l’opera nella sua reale consistenza è ancora *in mente Dei*) le eventuali clausole di garanzia poste dall’amministrazione sono così generiche da non servire a nulla; se troppo tardi (quando tutto è definito) essa è travolta dalla logica del fatto compiuto. Lo stesso dicasi dei principi comunitari di

prevenzione e precauzione sacrificati sull'altare delle sorti magnifiche e progressive della società moderna basata sul rischio. A tutto questo insieme di patologie si accompagna infine un'incredibile disattenzione per la gestione ordinaria a tutti i livelli dei beni pubblici e di interesse collettivo che spiega ad esempio il fenomeno delle ricorrenti frane, il ripetersi della caduta dei ponti, e forse anche in parte l'onda anomala di Venezia imputabile – a quanto pare – in grande misura alla mancata manutenzione dei canali e alle macro-opere sull'intera laguna realizzate negli anni per rendere possibile il traffico delle grandi navi in un ambiente improprio qual è quello della laguna.

Filippo Salvia - Abstract

La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente

La tesi di fondo sostenuta nel lavoro si desume implicitamente dalla intitolazione del medesimo: il diritto amministrativo negli ultimi anni ha subito profonde trasformazioni non per la mutazione formale dell'impianto costituzionale, ma sotto la spinta di una cultura interessata fondamentalmente all'immediatezza dei risultati e alle opere faraoniche. Allergica invece ai beni comuni e a ogni forma di gestione ordinaria.

The parable of administrative law in recent years driven by 'hands-on' men, lovers of large-scale works and 'quick bucks': the diehard enemies of the common good and all forms of maintenance of existing heritage

The basic thesis supported in the work may be implicitly deduced from its title: administrative law in recent years has undergone profound transformations not because of the formal mutation of the constitutional system, but under the impetus of a culture fundamentally interested in the immediacy of results and pharaonic works, while being resistant to interest in the common good and any form of everyday management.

Appalti pubblici per l'innovazione*

Mario Comba

SOMMARIO: – 1. Definizione e modelli della domanda pubblica di innovazione. – 2. Le origini degli appalti innovativi nel diritto europeo: le direttive appalti del 2004 e la Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007. – 3. Le direttive appalti del 2014 e gli orientamenti della Commissione europea in materia di appalti per l'innovazione del 18 maggio 2018: alcune riflessioni critiche e sistematiche sul partenariato per l'innovazione. – 4. Il codice dei contratti pubblici italiano (D.Lgs. 50/2016), le (scarse) iniziative in Italia ed il ruolo dell'AGID. – 5. Due spunti per uno sviluppo degli appalti innovativi: il ruolo delle centrali di committenza e la collaborazione istituzionale con la ricerca pubblica.

1. *Definizione e modelli della domanda pubblica di innovazione*

Il ricorso alla domanda pubblica per stimolare la ricerca privata è stato oggetto di specifici studi già a partire dagli anni '70 del secolo scorso, ma i due ultimi decenni hanno visto un forte sviluppo delle ricerche in questo ambito, non tanto dal punto di vista giuridico, quanto piuttosto tra gli economisti e gli studiosi dello sviluppo economico¹. I principali settori di intervento sono quelli nei quali più forte è tradizionalmente la spesa pubblica: trasporti, sanità, tutela dell'ambiente, sicurezza e difesa.

Prima di analizzare più nel dettaglio le caratteristiche della domanda pubblica di innovazione, appare necessario svolgere qualche breve riflessione sulla definizione di innovazione tecnologica, in quanto preliminare al tema di questo saggio.

L'innovazione tecnologica è in primo luogo definita come un'attività deliberata, frutto di esplicita volontà innovativa, non casuale. Tale attività deliberata deve essere indirizzata a due specifici obiettivi: (i) l'introduzione di nuovi prodot-

* Il presente articolo è parzialmente basato sulla relazione predisposta per il Centro Studi Legislativi grazie ad un contributo della Compagnia di San Paolo.

¹ C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia, *Introduction*, in C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia, Jakob Edler (a cura di), *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2015, 1-2.

ti e servizi nonché (ii) l'introduzione di nuovi metodi per produrli, distribuirli ed usarli². Inoltre l'innovazione tecnologica si può distinguere anche in base ai diversi gradi di novità ed in tale prospettiva vi possono essere principalmente due tipi di innovazione: quella radicale, che comporta l'introduzione di un prodotto o di un servizio del tutto nuovo, prima inesistente (ad esempio internet) e quella incrementale, consistente nel miglioramento di un prodotto o di un servizio esistente, anche dal punto di vista della significativa riduzione del costo di produzione. Le innovazioni incrementali sono ovviamente le più numerose e consentono l'adattamento del prodotto o del servizio alle nuove esigenze del mercato. Ulteriore caratteristica è la commerciabilità: un prodotto o un servizio innovativo, infatti, quale che sia il suo grado di innovazione, deve essere spendibile sul mercato, tanto che il semplice prototipo non può ancora essere considerato un prodotto innovativo.

Il processo innovativo radicale è spesso il frutto di una serie di fasi identificate in modo sequenziale, a ciascuna delle quali corrisponde una specifica figura: la scoperta scientifica, l'invenzione, l'innovazione e la diffusione. Secondo gli studiosi, però, l'innovazione non è solo il frutto di una ricerca scientifica e tecnologica, ma richiede la presenza di un «sistema d'innovazione», composto da elementi di tipo sociale, politico, organizzativo ed istituzionale, che facilitano l'innovazione e soprattutto ne sanno cogliere e sfruttare le potenzialità³. Da qui l'importanza dell'intervento pubblico per creare l'ambiente propizio all'innovazione, sia pubblica che privata, intesa come politica olistica dell'innovazione tecnologica. I riferimenti istituzionali, poi, sono particolarmente importanti per comprendere la storia e l'evoluzione delle politiche legate all'innovazione, anche attraverso la domanda pubblica, perseguite dai diversi Stati: per fare alcuni esempi recenti, le esigenze di sicurezza negli Stati Uniti e le esigenze ambientali nei Paesi del Nord Europa hanno dato origine a due politiche dell'innovazione diversamente orientate, perché sviluppate in ambienti diversi, ma in linea di massima perseguite con strumenti simili.

In questo contesto, la leva della domanda pubblica per favorire l'innovazione può essere definita come: «*a set of public measures to increase the demand for innovations, to improve the conditions for the uptake of innovations or to improve the articulation of demand in order to spur innovation and the diffusion of innovation*»⁴.

² G. Sirilli, *Innovazione tecnologica*, in *Enciclopedia Treccani della Scienza e della Tecnica*, 2008, *sub voce*.

³ Edquist, cit., 3-5, che cita copiosa letteratura sui sistemi di innovazione.

⁴ Edler, Georghiou, *Public procurement and innovation-resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 2007, 36, 953. In termini del tutto analoghi, V. Lember, R. Kettel, T. Kalvet, *Introduction*, in Veiko Lember, R. Kattel, T. Kalvet (a cura di), *Public Procurement, Innovation and Policy*, Berlin Heidelberg, 2014, 2, secondo i quali l'appalto innovativo si verifica quando «*a public agency places an order for product (goods, services or systems) that do not yet exist, but that could probably be developed within a reasonable period of time based on additional or or new innovative work*».

Ritornando all'impostazione tradizionale, cosiddetta lineare, dello sviluppo tecnologico, un recente studio⁵ propone la tassonomia degli strumenti utilizzabili per la promozione della domanda pubblica di innovazione, distinguendo diversi tipi di appalti pubblici innovativi a seconda di diversi criteri utilizzati; non si tratta di un'analisi giuridica, ma di una rassegna di strumenti di *policy* che pertanto differiscono per gli obiettivi più che per gli aspetti procedurali. Elemento comune a tutti gli appalti innovativi deve essere l'assumere ad oggetto il raggiungimento di una determinata finalità che al momento non è soddisfatta dai prodotti presenti sul mercato, ma che può esserlo, in un tempo ragionevole, attraverso un prodotto nuovo.

La prima ipotesi esaminata è quella dell'appalto aperto all'innovazione, il quale consente agli offerenti di introdurre elementi di innovazione nell'offerta, anche se l'innovazione non è elemento necessario, ma è favorito e consente di ottenere un punteggio più alto in sede di valutazione dell'offerta. In termini giuridici, si può pensare all'appalto che consente varianti in sede di offerta oppure alle forme di appalto flessibile, come la negoziazione o il dialogo competitivo. Vi è poi l'ipotesi di appalto pre-commerciale, che però – secondo la tesi dell'autore citato e pienamente condivisibile – non consiste in un vero appalto innovativo in quanto si limita all'acquisto di servizi di ricerca e sviluppo finalizzati alla realizzazione di un prodotto innovativo, ma non nell'acquisto del prodotto innovativo risultante, né di un ampio numero di prodotti innovativi né tantomeno comporta la commercializzazione di un prodotto⁶.

Infine vi è l'appalto innovativo in senso proprio, il quale comporta appunto la soddisfazione di un'esigenza della pubblica amministrazione non soddisfabile con la tecnologia presente sul mercato al momento di pubblicazione del bando. Esso può ancora distinguersi in appalto innovativo diretto o catalitico: nel primo caso l'oggetto dell'appalto risponde ad una esigenza propria solo dell'amministrazione che procede e che sarà l'unico acquirente, mentre il secondo presuppone che il bene o il servizio innovativo oggetto dell'appalto possa poi essere acquistato da numerosi altri soggetti, pubblici o privati e fungere così da elemento catalitico per lo sviluppo di ulteriori ricerche. Secondo un altro criterio, l'appalto innovativo può distinguersi in incrementale o radicale, a seconda che il prodotto o il servizio richiesti comportino una innovazione incrementale o radicale, per la cui definizione si rinvia alle pagine precedenti. Infine, l'appalto innovativo può anche essere classificato a seconda del livello di collaborazione richiesta tra l'appaltante

⁵ Edler, cit, 6-10.

⁶ C. Edquist, J.M. Zabala-Iturriagoitia, *Pre-commercial procurement: a demand of supply policy instrument in relation to innovation?*, in *R&S Management*, 2015, 147-160.

e l'appaltatore, ma anche con altre istituzioni come per esempio i centri di ricerca o gli enti locali.

La varietà di modelli teorici con i quali è possibile realizzare una politica dell'innovazione tramite la domanda pubblica trova una conferma empirica nella eterogenea casistica di tali appalti descritti negli studi in materia⁷, con riferimenti a Stati assai diversi tra di loro in termini di sistemi giuridici, che però tutti perseguono i medesimi fini sopra elencati. In termini generali, si può rilevare che il ricorso agli appalti pubblici per l'innovazione, intesi in senso atecnico, è un fenomeno che ha recentemente subito un forte impulso in molti Stati caratterizzati da diversi sistemi giuridici ed economici, come anche da parte delle più rilevanti istituzioni economiche internazionali.

Pur non essendo possibile in questa sede svolgere un'approfondita analisi comparatistica dei diversi modelli con i quali vengono realizzati gli appalti per l'innovazione, ci si può comunque riferire ad una ricerca svolta in tal senso⁸, in esito alla quale sono stati individuati tre principali modelli: quello svedese, quello giapponese e quello statunitense. Il primo (svedese) è caratterizzato da una collaborazione di lungo termine tra gli enti pubblici e le principali aziende private; il secondo (giapponese) da un pesante ricorso ad appalti pubblici per l'innovazione di tipo catalitico (cioè finalizzati non alle specifiche esigenze della stazione appaltante, ma a immettere sul mercato prodotti innovativi nell'interesse generale) ed il terzo (statunitense) da programmi di appalti innovativi indirizzati principalmente al settore della difesa e caratterizzati dalla particolare attenzione alla commerciabilità dei prodotti.

In realtà, il modello svedese è probabilmente sovrastimato in quanto, pur essendo stata certamente la Svezia uno dei primi Stati ad applicare in modo intensivo la tecnica dell'appalto pubblico innovativo – ed a produrre i più noti studi in materia – lo sviluppo di modelli neo liberali a partire dagli anni 80 del secolo scorso ha considerevolmente ridotto la spesa pubblica disponibile per tali politiche. Solo recentemente si può assistere ad una ripresa di iniziative, comunque caratterizzate da una intensa collaborazione tra imprese ed enti pubblici nel settore dell'innovazione⁹. Il modello statunitense presenta invece caratteristiche peculiari e per certi aspetti controintuitive poiché il governo federale ha realizzato con il tempo una rete di appalti diretti al settore militare di estrema rilevanza economica, evolvendo in un sistema ibrido nel quale i confini tra pubblico e privato,

⁷ Tra i più recenti, oltre a quello di Edler già citato, si veda anche: V. Lember, R. Kettel, T. Kalvet (a cura di), *Public Procurement, Innovation and Policy*, Berlin Heidelberg, 2014.

⁸ Edquist-Hommen, *Government technology procurement and innovation theory, Report to the european Commission*, 1998.

⁹ M. Rolfstam, R. Agren, *Public Procurement of Innovation in Sweden*, in Veiko Lember et al., cit., 213-232.

sicurezza e commercio, civile e militare sono diventati assai labili. Si tratta di un fenomeno molto complesso e difficilmente replicabile, che costituisce però un assai potente strumento di innovazione tecnologica nazionale¹⁰.

Secondo una diversa, e più recente, ricostruzione comparatistica¹¹, si deve innanzitutto rilevare che il ricorso agli appalti pubblici per favorire lo sviluppo dell'innovazione è una politica che non ha ad oggi grande sviluppo in termini quantitativi, nonostante l'ampia retorica a suo favore presente in tutti gli Stati ed organizzazioni internazionali. Solitamente, gli strumenti di supporto allo sviluppo tecnologico dal lato dell'offerta sono più sviluppati e comunque spesso combinati insieme a quelli dal lato della domanda come gli appalti innovativi. Inoltre, è difficile individuare modelli comuni agli Stati esaminati in quanto ciascuno opera nel suo contesto politico ed istituzionale e, pertanto, sviluppa politiche e tecniche di legittimazione degli appalti innovativi coerenti con la propria realtà socio-economica, che differisce da quella degli altri Stati. In un paio di casi, addirittura (Estonia e Hong Kong) gli appalti pubblici sono esplicitamente finalizzati al solo perseguimento della massima efficienza, con esplicita esclusione di obiettivi secondari (ovviamente per l'Estonia, che dal 2004 è parte dell'UE, tale opzione è possibile in quanto gli obiettivi secondari sono consentiti ma non imposti dalle direttive europee). Ciò nonostante, è possibile distinguere tra gli appalti innovativi indirizzati allo sviluppo tecnologico industriale, quelli che invece sono finalizzati a potenziare la politica di R&S e quelli di tipo generico, cioè strumentali al perseguimento di altre finalità pubbliche settoriali (ambiente, difesa, salute), coerenti con le specifiche esigenze della realtà socio-economica dello Stato di riferimento.

A fronte di questa ampia e risalente letteratura comparatistica non-giuridica in materia di appalti innovativi, solo recentemente è stato pubblicato un ampio studio giuridico comparatistico che affronta il tema degli appalti per l'innovazione tecnologica nell'ottica della loro dimensione transfrontaliera¹². Tale volume, infatti, individua tre possibili significati dell'appalto innovativo¹³: in primo luogo esso consiste nell'acquisto di innovazione, che coincide all'incirca con quello sopra indicato dalla letteratura non giuridica. Anche il secondo significato di appalto innovativo, consistente nel favorire ed incoraggiare i fornitori innovativi, potrebbe essere avvicinato all'appalto innovativo "catalitico" come sopra definito.

¹⁰ L. Weiss, *US Technology Procurement in the National Security Innovation System*, in V. Lember et al., cit., 259-285. Si veda anche N.S. Vonortas, *Innovation and public procurement in the United States*, in Edquist-Vonortas et al. cit., 147-178.

¹¹ V. Lember, R. Kattel, T. Kalvet, *How Governments Support Innovation Through Public Procurement: Comparing Evidence from 11 Countries*, in V. Lember et al., cit., 287-309.

¹² G. Racca, C.R. Yuknis, *Joint Public Procurement and Innovation – Lessons Across Borders*, Bruylant, 2019.

¹³ G. Racca, C.R. Yuknis, *Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurements*, in Racca-Yuknis, cit., 1-27.

Il terzo significato di appalto innovativo focalizza l'attenzione sul procedimento e viene fatto coincidere con l'innovazione nel procedimento di appalto pubblico: è a questo punto che viene inserito l'appalto transfrontaliero, il quale richiede infatti notevoli sforzi innovativi in quanto finora è stato di utilizzo assai limitato anche perché disciplinato a livello europeo solo dalle direttive del 2014. Secondo la citata ricostruzione, l'appalto transfrontaliero è di per sé un appalto innovativo, in quanto innova nelle procedure da seguire, ma esso è anche considerato come particolarmente idoneo a perseguire lo scopo di acquistare prodotti di innovazione (appalto innovativo di primo tipo) o di stimolare le imprese innovative (appalto innovativo di secondo tipo) perché consente un confronto di idee più ampio¹⁴.

La ricostruzione proposta sembra in realtà poco realistica nell'auspicare il contestuale ricorso a due modelli procedimentali – l'appalto innovativo e l'appalto transfrontaliero – ciascuno dei quali, già singolarmente considerato, comporta notevoli elementi di complessità che risulterebbero in tal modo sommati, riducendo così in modo drastico la propensione delle stazioni appaltanti verso tale sofisticato appalto innovativo transfrontaliero. In tal senso coglie nel segno la considerazione per la quale solo stazioni appaltanti dotate di particolare competenza e propensione all'innovazione procedimentale come le centrali di competenza sarebbero idonee a svolgere gli appalti di tale complessità¹⁵. D'altra parte, lo studio in questione offre notevoli spunti comparatistici con riferimento in particolare all'esperienza degli Stati Uniti, dove l'appalto innovativo transfrontaliero (tra i diversi Stati Membri) risulta praticato già da molto tempo con successo, anche se, in quella realtà, le difficoltà dell'appalto transfrontaliero sono assai mitigate dal comune ambiente giuridico e dall'assenza di barriere linguistiche.

2. *Le origini degli appalti innovativi nel diritto europeo: le direttive appalti del 2004 e la Comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007*

La politica europea a favore dell'innovazione, pur essendo presente fin dagli inizi in relazione a scopi più ampi di tipo economico e sociale, ha avuto il suo più completo riconoscimento con la strategia di Lisbona¹⁶ lanciata nel 2000 e fondata sulla consapevolezza del ritardo europeo nel finanziamento alla R&S rispetto

¹⁴ In tal senso, P. Valcárcel Fernández, *The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Procurement for Buying Innovative Solutions*, in Racca, Yuknis, cit., 133-169.

¹⁵ R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *European Joint Cross-Border Procurement and Innovation*, in Racca, Yuknis, cit., 93-131.

¹⁶ Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000. Si vedano anche le Comunicazione della Commissione: «*L'innovazione in una economia fondata sulla conoscenza*», COM (2000) 567 finale «*Più ricerca per l'Europa. Verso il 3% del PIL*», COM (2002) 499 final.

agli Stati Uniti ed al Giappone. Nel 2003 la Commissione identifica per la prima volta gli appalti pubblici come una misura diretta per stimolare la ricerca¹⁷ e tale approccio viene sviluppato nel rapporto della Commissione Kok¹⁸.

Si comprende allora come le Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE abbiano introdotto nel diritto europeo uno strumento giuridico finalizzato ad utilizzare la domanda pubblica per sostenere lo sviluppo tecnologico attraverso gli appalti. Si tratta dei cosiddetti «appalti pre-commerciali», collocati al di fuori delle direttive stesse in quanto, come spiegato dal considerando n. 23 della direttiva 2004/18, la promozione della ricerca e dello sviluppo tecnologico, di cui all'articolo 163 del Trattato (ora art. 179 TFUE), costituisce uno dei mezzi per potenziare le basi scientifiche e tecnologiche della Comunità e dunque il cofinanziamento dei programmi di ricerca non deve essere oggetto della direttiva stessa, a condizione che i contratti di ricerca non siano interamente retribuiti dall'amministrazione ed utilizzati esclusivamente dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. L'articolo 16, comma 1, lett. f) direttiva 2004/18 esclude dall'applicazione della direttiva stessa gli appalti per servizi di ricerca e sviluppo «diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione». La direttiva ha dunque voluto incentivare il cofinanziamento della ricerca, ritenendo prevalente l'interesse alla promozione di tale attività di sviluppo tecnologico rispetto all'esigenza di promozione della concorrenza che caratterizza la disciplina sugli appalti. Come si vede, non si tratta ancora di un'ipotesi di appalto per l'innovazione, come definito dalla letteratura internazionale riportata nel paragrafo precedente, ma, appunto, di un modo per favorire il cofinanziamento della ricerca e dunque, in ultima analisi, ancora di uno strumento *supply-side*.

La Commissione europea, in una comunicazione del 2006 sulla strategia dell'innovazione per l'UE¹⁹, afferma che gli appalti innovativi: «rappresentano un'opportunità che in Europa non è stata ancora esplorata dai pubblici poteri. Negli Stati Uniti, ad esempio, questo tipo d'appalto ha un ruolo importante nell'economia, non soltanto per quanto riguarda l'innovazione nei settori della difesa, dello spazio e della sicurezza, ma anche in altri settori pubblici come i trasporti, la sanità, l'energia e le telecomunicazioni». la Comunicazione prosegue

¹⁷ Comunicazione della Commissione «Investire in ricerca: un piano d'azione per l'Europa», COM (2003) 223 final.

¹⁸ *Report to the European Commission from an Independent Expert Group, Raising EU R&D Intensity: Improving the Effectiveness of Public Support Mechanism for Private Sector Research and Development: Direct Measures*, 2003.

¹⁹ Comunicazione della Commissione COM (2006) 502 definitivo, «Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE», del 13 settembre 2006. Gli appalti sono trattati al par. 2.6.

poi specificando che, quando non esiste una soluzione commerciale sul mercato, l'appalto pre-commerciale può consentire alle amministrazioni di adottare soluzioni innovative elaborate in funzione delle loro necessità.

Viene dunque riconosciuto in modo esplicito il riferimento al modello statunitense di finanziamento della ricerca, il che comporta una scelta non priva di significato nell'ambito dei diversi modelli disponibili sulla scena internazionale come riportati nel paragrafo precedente, anche se il riferimento non pare pienamente coerente perché, appunto, l'appalto pre-commerciale costituisce più una ipotesi di (co)finanziamento della ricerca che di appalto innovativo vero e proprio, come era allora già sviluppato negli Stati Uniti attraverso le commesse pubbliche nel settore militare e della sicurezza.

Con la successiva comunicazione del 2007, esclusivamente dedicata agli appalti pre-commerciali,²⁰ la Commissione esplicita meglio la sua politica in materia di supporto all'innovazione precisando che il campo di applicazione dell'appalto pre-commerciale è limitato alla R&S ed infatti esso può giungere fino alla predisposizione di prototipo, ma non può arrivare allo sviluppo commerciale ed alla produzione di massa. Lo scopo è di condividere il rischio della ricerca con le imprese private – ed in questo in effetti l'appalto pre-commerciale si distingue dal semplice finanziamento della ricerca – e deve comunque essere organizzato in modo da evitare aiuti di Stato, il che impone di rispettare i principi di trasparenza e concorrenza nella scelta dell'impresa con cui condividere la ricerca. Come già nella Comunicazione del 2006, la Commissione – prendendo atto della scarsa esperienza europea in merito – si richiama al modello statunitense (ma cita anche il caso cinese e giapponese), rilevando che esso è in effetti prevalentemente riferito al settore della sicurezza e dell'aerospazio, ma che anche tenendo solo conto dei settori diversi da sicurezza ed aerospazio l'investimento in appalti innovativi è comunque pari a quattro volte quello europeo. I settori nei quali gli appalti di R&S potrebbero intervenire sono quelli sanitario, con particolare riferimento all'impatto dell'invecchiamento, la lotta ai cambiamenti climatici, l'efficienza energetica, l'insegnamento di qualità e la sicurezza.

In conclusione, la Commissione auspica un intenso ricorso all'appalto di R&S da parte delle stazioni appaltanti degli Stati membri, pur riconoscendo la necessità di un monitoraggio sugli effetti per verificare se lo strumento sia in effetti idoneo ed efficace per il raggiungimento dello scopo prestabilito.

Il documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione²¹ fornisce una guida per lo svolgimento di un appalto pre-competitivo: si tratta di

²⁰ Comunicazione della Commissione COM (2007) 799 definitivo, «*Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*», del 14 dicembre 2007.

²¹ *Commission staff working document – Accompanying document to the Communication on Pre-commercial Procurement – example of a possible approach for procuring R&D services applying risk-benefit sharing at market*

una procedura alquanto complessa, basata sul principio che, benché gli appalti precompetitivi siano sottratti all'applicazione della direttiva, essi sono comunque soggetti al Trattato e dunque ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento trasparenza e proporzionalità. È inoltre necessario che non costituiscano un aiuto di Stato illegittimo. Il documento di lavoro prevede dunque la pubblicazione di un bando, recante la descrizione della procedura e la predefinitone dei criteri, mentre consente che non sia specificato il prezzo.

Occorre infine segnalare che le Direttive Appalti del 2004 hanno anche introdotto o riformulato alcuni moduli procedurali che possono essere definiti «*innovation friendly*» nel senso che, pur non essendo esplicitamente pensati e costruiti per stimolare l'innovazione tecnologica, ammettono comunque che l'innovazione possa esser presa in considerazione come elemento di valutazione. Essi sono:

- le indagini di mercato pre-gara ed il dialogo tecnico;
- i concorsi di progettazione;
- il dialogo competitivo;
- la possibilità di inserire varianti in fase di presentazione dell'offerta.

Ciascuno di essi meriterebbe una trattazione specifica in relazione all'ideoneità ed all'effettivo utilizzo come strumento per lo sviluppo dell'innovazione, ma in questa sede è possibile fornire qualche cenno solo sul dialogo competitivo, in quanto è la procedura di aggiudicazione che più si avvicina al partenariato per l'innovazione, introdotto dalle Direttive Appalti del 2014 ed oggetto di analisi nel paragrafo successivo.

Il dialogo competitivo costituisce in effetti una delle principali innovazioni delle Direttive Appalti 2004, nell'ambito del rafforzamento degli strumenti di flessibilità per le procedure di aggiudicazione²². Benché non sia stato pensato specificamente come strumento per stimolare l'innovazione ma piuttosto per rispondere alle esigenze di flessibilità per gli appalti particolarmente complessi, il dialogo competitivo ha suscitato commenti favorevoli anche per la sua teorica idoneità come leva per l'innovazione, sulla base del presupposto che l'innovazione sia elemento più facilmente rinvenibile negli appalti complessi. Le aspettative circa l'utilizzo a tali fini del dialogo competitivo sono però state in parte deluse per alcuni motivi tra i quali, in primo luogo, lo scarso ricorso da parte delle stazioni appaltanti a tale procedura di aggiudicazione – indipendentemente dagli aspetti innovativi – probabilmente dovuto alla sua particolare complessità²³. Tra i prin-

conditions, i.e. pre-commercial procurement, Bruxelles, 14.12.2007, SEC(2007) 1668.

²² Cfr. per tutti S. Arrowsmith, S. Treumer, *Competitive dialogue in EU Procurement*, Cambridge, 2012.

²³ S. Treumer, E. Uyarra, *Dialogue*, in G. Piga, S. Treumer (a cura di), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, 2013, 19-20 e 22, segnalano che il dialogo competitivo ha avuto molto svi-

cipali motivi che hanno poi contribuito a rendere poco significativo il contributo del dialogo competitivo allo sviluppo dell'innovazione si può indicare anche (i) la scarsa propensione dei concorrenti a mettere in competizione le proprie soluzioni innovative, suggellata dal divieto per la stazione appaltante, salvo consenso dei concorrenti, di far conoscere le soluzioni innovative proposte e disincentivata dalla prassi corrente di non mettere a disposizione premi per i partecipanti²⁴ (ii) la limitazione oggettiva del dialogo competitivo ai soli appalti particolarmente complessi²⁵, che può non coincidere con gli appalti potenzialmente innovativi, ma risponde in effetti alla originaria esigenza per la quale lo strumento è stato introdotto dalle Direttive Appalti del 2014 ed infine (iii) i maggiori costi, in termini di tempo, denaro e risorse umane, che i concorrenti devono sopportare, il che disincentiva la partecipazione delle PMI e quindi, di nuovo ostacola il ricorso allo strumento in chiave innovativa²⁶.

Le brevi considerazioni di cui sopra consentono di comprendere come, in fase di redazione delle Direttive Appalti 2014, vi sia stata la necessità di predisporre uno strumento giuridico esclusivamente finalizzato allo sviluppo dell'innovazione, che ha dato origine al partenariato per l'innovazione.

3. *Le direttive appalti del 2014 e gli orientamenti della Commissione europea in materia di appalti per l'innovazione del 18 maggio 2018: alcune riflessioni critiche sul partenariato per l'innovazione*

Esponendo la Strategia per il 2020, la Commissione ha inserito nei sette obiettivi da raggiungere quello della «*Innovation Union*», specificando l'importanza del ricorso alle politiche di supporto dell'innovazione dal lato della domanda e facendo riferimento all'enorme potenziale degli appalti pubblici, il cui valore si attesta intorno al 17% del PIL²⁷. La Comunicazione lamenta ancora uno scarso ricorso a tali forme di finanziamento dell'innovazione, nonostante le lodevoli ma isolate iniziative di alcuni Stati Membri, ed annuncia il potenziamento degli stru-

luppo solo in UK e Francia, dove si è realizzato circa l'80% di tutti i dialoghi competitivi pubblicati nei Paesi dell'UE, mentre Portogallo ed Italia sono i Paesi nei quali si ravvisa il minor numero di dialoghi competitivi.

²⁴ Treumer-Uyerra, cit., 15-16, i quali segnalano altresì la prassi, comune a molti concorrenti, di introdurre le proposte più innovative solo alla fine del procedimento (26).

²⁵ La normativa impone infatti un particolare onere motivazionale nel caso di scelta del dialogo competitivo, anche se a livello europeo non risulta contenzioso circa la presenza dei requisiti per ricorrere al dialogo competitivo e la Commissione sembra avere inteso l'ambito di applicazione del dialogo competitivo in senso ampio (Treumer, Urraya, cit., 13-15).

²⁶ Treumer, Urraya, cit., 25-26.

²⁷ Commissione europea, Comunicazione: «*Iniziativa faro per l'Europa 2020: L'Unione dell'Innovazione*», COM (2010) 1161 del 6 ottobre 2010.

menti giuridici a disposizione in materia di appalti, lanciando l'idea di *Partnerships* per l'innovazione (punto 7). Sulla scia della strategia per l'*Innovation Union* ed in previsione dell'emanazione delle nuove direttive sugli appalti pubblici, la Commissione ha richiesto alcuni studi ed ha lanciato una consultazione pubblica, sulla base del Libro verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici²⁸ pubblicato nel 2011. Il punto 4.3 del Libro verde affronta il tema dell'innovazione e, dopo aver elencato gli strumenti a disposizione delle stazioni appaltanti per stimolare l'innovazione, primo fra tutti l'appalto pre-commerciale per l'acquisto di servizi di R&S, prende atto che soltanto una quota molto bassa di appalti mira a promuovere l'innovazione, individuando le possibili cause nella scarsa propensione al rischio – o meglio nell'errata individuazione degli incentivi ad accettare soluzioni più rischiose – nonché nella mancanza di adeguata formazione. Al termine del paragrafo, il libro Verde formula alcuni quesiti per la consultazione, circa il possibile miglioramento degli strumenti esistenti (per esempio circa una migliore tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel dialogo competitivo) e circa la necessità di individuare nuove procedure più idonee a stimolare lo sviluppo tecnologico.

Il risultato dell'intenso lavoro preparatorio svolto dalla Commissione in previsione dell'emanazione delle nuove direttive appalti, che – come si è visto – ha riguardato anche il tema dell'innovazione, risulta con evidenza nella direttiva 2014/24/UE²⁹, la quale contiene numerosi riferimenti alla strategia Europa 2020 ed agli appalti innovativi, che sono iscritti nella più ampia categoria degli appalti strategici³⁰.

In realtà, nel testo della direttiva il rapporto tra appalto innovativo ed appalto strategico presenta aspetti che possono apparire ambigui. Il linguaggio della direttiva 2014/24/UE sembra infatti utilizzare un concetto di appalto innovativo assai più ampio di quello – esaminato nelle pagine precedenti – per il quale esso consiste nell'acquisto di un servizio o di una fornitura non ancora esistenti sul mercato, poiché per la direttiva l'innovazione sarebbe elemento permeante tutti gli appalti strategici in quanto appalti che richiedono tecniche particolari per il solo fatto che non perseguono solamente lo scopo di *value for money*.

Tale più ampia definizione viene enunciata nel considerando 47, dove si parla infatti di eco-innovazione e di innovazione sociale come delle due principa-

²⁸ Commissione europea, Comunicazione: «Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici», COM (2011) 15 definitivo, del 27 gennaio 2011.

²⁹ In questo studio verrà presa a riferimento la direttiva 2014/24/UE, ma anche per le altre due direttive del pacchetto (la 2014/23/UE e la 2014/25/UE) si possono svolgere considerazioni simili.

³⁰ Per una discussione sugli appalti strategici nelle direttive appalti del 2014, cfr. D.C. Dragos, B. Neamtu, *Sustainable Public Procurement in the EU: experiences and prospects*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, 2014, 301-335.

li manifestazioni della ricerca e dell'innovazione³¹, tanto da far pensare che, per certi aspetti, tutti gli appalti strategici siano appalti innovativi. Se però si prosegue secondo questa linea di ragionamento, la funzione strumentale dell'innovazione rispetto agli altri obiettivi strategici degli appalti finirebbe per essere assorbita da questi ultimi, tanto che la direttiva si focalizzerebbe soprattutto sugli appalti verdi e sociali, forse anche in considerazione della scarsa esperienza in materia di appalti innovativi, evitando così di indicare gli appalti innovativi tra gli scopi principali della riforma apportata alla normativa appalti.

In realtà, pare potersi affermare che la categoria degli appalti strategici non coincide con quella degli appalti innovativi ma è più ampia, comprendendo appalti che perseguono tutte le politiche pubbliche diverse dal *value for money* pur non presupponendo necessariamente una innovazione tecnologica: basti pensare agli appalti verdi che attribuiscono un maggiore punteggio all'offerta la quale comporti l'utilizzo di prodotti più ecologici di quelli minimi richiesti dalla legge, ma comunque già presenti sul mercato. Anzi, per la verità gli appalti strategici non costituiscono una categoria specifica, ma un modo di utilizzo degli appalti pubblici, una loro funzionalizzazione al perseguimento di determinate politiche pubbliche, sicché virtualmente ogni tipo di appalto pubblico può essere realizzato con finalità strategiche³². Al contrario, l'appalto innovativo persegue la specifica funzione di incentivare la sola politica pubblica di ricerca e innovazione e di consentire l'acquisto di un prodotto o servizio innovativo. D'altra parte, l'appalto innovativo non opera necessariamente nei settori comunemente riferiti agli appalti strategici – la tutela dell'ambiente e la promozione sociale – in quanto esso, pur potendosi riferire a qualunque tipo di innovazione tecnologica, trova ampia applicazione anche nel settore della spesa sanitaria e dell'edilizia pubblica.

In effetti, la stessa direttiva, al considerando 65, riconosce che la scarsa esperienza in materia impedisce di avere una chiara visione circa i possibili sviluppi nel settore degli appalti innovativi e che un processo di apprendimento istituzionale è estremamente necessario per attivare tale politica. Sono poi numerosi i riferimenti negli altri considerando alla politica sull'innovazione anche in relazione ad altre

³¹ L. Butler, *Innovation in Public Procurement: Towards the «Innovation Union»*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen, 2014, 337-383, 345.

³² Per una più ampia discussione sulla natura e le caratteristiche della "strategicità" degli appalti pubblici, oltre al lavoro di Dragos e Neamtu, cit., vedi: R. Caranta, M. Trybus (eds), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010; W. Kahlenborn, J. Frijldal, C. Moser, M. Essig, *Strategic use of public procurement in Europe. Final report to the European Commission*, Berlin, 2011; PricewaterhouseCoopers, *Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies. Final report*, Lussemburgo, Ufficio pubblicazioni dell'Unione europea, 2015; É. Muller (sous la dir.), *La commande publique: un levier pour l'action publique ?*, Parigi, 2018.

parti della direttiva, così da dare l'impressione che la tensione verso l'innovazione pervada l'intera struttura della nuova disciplina europea sugli appalti pubblici.

La direttiva fornisce peraltro una chiara definizione di innovazione all'articolo 2, comma 1, n 22 (mentre non la fornisce invece per la Ricerca e Sviluppo, che pure costituisce l'elemento essenziale degli appalti pre-competitivi): «L'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Rispetto alle definizioni più comuni nella letteratura internazionale, riportate nei paragrafi precedenti, manca un esplicito riferimento all'immediata commercializzazione ed alla possibilità di realizzazione in tempi brevi, che però devono ritenersi inclusi nel ricorso al termine «prodotto, servizio o processo» da intendersi come beni oggetto di commercializzazione. Il considerando 47 pare confermare tale interpretazione, là dove afferma che, pur rimanendo sempre disponibili gli appalti pre-commerciali, la direttiva «dovrebbe anche contribuire ad agevolare gli appalti pubblici nel settore dell'innovazione e aiutare gli Stati membri nel raggiungimento degli obiettivi dell'Unione in questo ambito». L'argomento è poi sviluppato nel considerando 49, il quale afferma che se l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi può essere soddisfatta con gli strumenti già a disposizione con la precedente direttiva, è però necessario individuare una procedura specifica per gli appalti che rientrano nella direttiva, e cioè per l'acquisto (e non solo lo sviluppo) di prodotti e servizi innovativi. A tal fine viene proposto lo strumento del partenariato per l'innovazione «per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione, a condizione che tale prodotto o servizio possa essere fornito o tali lavori possano essere effettuati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi concordati, senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per l'acquisto» (sottolineatura nostra).

Le contraddizioni che traspaiono dalla lettura dei considerando si ritrovano nel contenuto della parte normativa della direttiva, la quale disciplina all'articolo 31 il partenariato per l'innovazione e all'articolo 14 per gli appalti cd. pre-commerciali, la cui denominazione normativa è in realtà quella di appalti per servizi di ricerca e sviluppo. Prima di analizzare nel dettaglio i due istituti, preme mettere in rilievo alcuni aspetti critici, di carattere sistematico, derivanti dal rapporto tra di essi.

Una prima contraddizione, che è stata subito messa in evidenza dai commentatori,³³ riguarda la qualificazione stessa degli appalti pre-commerciali-

³³ Butler, cit., 351-353.

li come appalti per l'innovazione. Data la definizione di innovazione riportata dall'articolo 2, comma 1, n. 22, è ragionevole ritenere che gli appalti pre-commerciali non rientrino tra gli strumenti per l'innovazione perché, come anche stabilito dalla Comunicazione della Commissione del 2007, essi si fermano alla produzione del prototipo e non arrivano alla commercializzazione, la quale infatti non gode dell'esenzione dall'applicazione della direttiva ma è ad essa soggetta.

Sul punto è poi intervenuta la Comunicazione della Commissione sugli appalti per l'innovazione³⁴, la quale sembra invece avere seguito una assai più ampia definizione di appalto per l'innovazione anche se, per la verità, da un punto di vista più operativo che strettamente giuridico. Al punto 1.2, la Comunicazione afferma che l'espressione "appalti per l'innovazione" può riferirsi a qualsiasi appalto che presenti almeno uno dei seguenti aspetti: (i) acquisto di servizi di ricerca e sviluppo di prodotti, servizi o processi non ancora esistenti, ove l'acquirente pubblico indica le sue esigenze ed incoraggia le imprese ed i ricercatori a sviluppare prodotti, servizi o processi innovativi che rispondano alle sue esigenze, oppure (ii) acquisto di un prodotto, servizio o processo ancora sconosciuto al mercato e contraddistinto da caratteristiche fondamentalmente innovative, ove l'acquirente pubblico assume il ruolo di «utente pioniere». Pur non apparendo del tutto chiara la distinzione tra le due ipotesi, esse sembrano riferirsi all'appalto pre-commerciale ed al partenariato per l'innovazione. Però poi la stessa Comunicazione procede al punto 4.2 elencando ed analizzando le «Procedure di appalto specifiche per soluzioni innovative», tra le quali comprende anche tutte le procedure flessibili introdotte dalle direttive del 2014: procedura competitiva con negoziazione, dialogo competitivo, concorsi di progettazione, appalti di ricerca e sviluppo e pre-commerciali ed, infine, partenariati per l'innovazione. La Comunicazione non distingue tra procedure che necessariamente implicano un risultato innovativo, come elemento essenziale della fattispecie (contratto di ricerca e sviluppo e partenariato per l'innovazione) e quelle per le quali invece il risultato innovativo è elemento accidentale e non necessario.

Il testo del considerando 49 mette poi in rilievo una seconda contraddizione: se il partenariato per l'innovazione comprende sia lo sviluppo che l'acquisto di prodotti innovativi, esso va a sovrapporsi all'appalto pre-commerciale, il quale si limita allo sviluppo, o meglio all'acquisto di servizi di R&S, finalizzati allo sviluppo di un prodotto o servizio innovativo. La preesistenza dell'appalto pre-commerciale può forse giustificare il suo affiancamento al partenariato per l'innovazione che, in realtà, ben potrebbe da solo soddisfare sia l'esigenza di sviluppo che quella di acquisto perché entrambe le comprende.

³⁴ Comunicazione della Commissione: *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, C(2018) 3051 Final, del 15 maggio 2018.

La Guida redatta dalla Commissione europea sulla riforma degli appalti pubblici, alla scheda n. 9 dedicata all'innovazione, afferma che gli appalti pubblici pre-commerciali e il partenariato per l'innovazione sono due approcci alternativi che rispondono ad esigenze diverse, in quanto il partenariato per l'innovazione è una procedura di gara che interessa sia la ricerca e lo sviluppo sia la commercializzazione su grande scala di prodotti finiti ed è soggetto alla direttiva, mentre gli appalti pubblici pre-commerciali riguardano soltanto i servizi di ricerca e sviluppo e costituiscono una esenzione che esula dal campo di applicazione della direttiva, tanto che per il successivo acquisto di soluzioni innovative è necessario ricorrere a procedure di gara distinte, come la procedura aperta o il dialogo competitivo.

È però stato notato che non si comprende bene quale sia la differenza, sempre che ve ne sia una, tra la fase di ricerca e sviluppo nell'ambito del partenariato per l'innovazione e quella dell'appalto pre-commerciale³⁵; e se non vi fosse differenza, realizzandosi così una completa sovrapposizione, ci si deve allora chiedere quale sia la *ratio* di attivare una procedura di ricerca e sviluppo anziché il partenariato per l'innovazione. La maggiore criticità della procedura di ricerca e sviluppo consiste infatti proprio nella fase successiva, presupposta ma non regolamentata in modo esplicito, cioè nell'acquisto sul mercato della soluzione innovativa emersa a seguito della ricerca: non è chiaro in che modo possa svolgersi una procedura di gara per l'acquisto della soluzione innovativa nel rispetto della *par condicio*, se tale gara è stata preceduta da una fase di ricerca e sviluppo cofinanziata ed affidata al di fuori delle procedure previste dalla direttiva, a meno che l'impresa cofinanziatrice dello sviluppo sia esclusa dalla successiva procedura di gara, ma in tal caso – peraltro non previsto esplicitamente dalla direttiva – potrebbe venire frustrato il risultato stesso dell'attività di ricerca e sviluppo.

Infine, sempre dal punto di vista sistematico, non pare finora affrontato il problema se i contratti per l'innovazione, ed in particolare il partenariato per l'innovazione, debbano ritenersi di natura concessoria e dunque caratterizzati dall'assunzione da parte del contraente di un rischio di gestione, oppure se siano invece tipicamente contratti di appalto. Il punto sarà accennato nel paragrafo successivo, in quanto è stato oggetto di alcune riflessioni da parte di alcuni commentatori del Codice dei contratti pubblici italiano.

Se poi si esamina nel dettaglio la procedura per l'affidamento dei servizi di ricerca e sviluppo, emergono altre criticità puntualmente rilevate dalla dottrina³⁶. In primo luogo, come già rilevato, manca una definizione di ricerca e sviluppo che stabilisca i confini oggettivi dei servizi cui si applica l'articolo 14; è pur vero

³⁵ Butler, cit., 359.

³⁶ Butler, cit., 357-361.

che tale definizione è invece presente nella direttiva sugli appalti militari³⁷ (che a sua volta non contiene invece una definizione di innovazione), ma non pare ragionevole fare riferimento a tale definizione data la sostanziale differenza dei contesti delle due direttive. Ci si deve poi chiedere se l'esenzione dalla procedura di appalti per i servizi di ricerca e sviluppo sia compatibile con gli obblighi internazionali assunti dall'Unione europea, primo fra tutti quello con il WTO attraverso la sottoscrizione del trattato sugli appalti pubblici (GPA), che non contiene alcuna esenzione di tal genere. Infine non si deve sottovalutare il possibile abuso dell'esenzione in oggetto, attraverso l'espansione del concetto di ricerca e sviluppo – tanto più che esso non è definito dalla direttiva – per farvi ricomprendere anche casi non propriamente rientranti in esso. La preoccupazione in tal senso è espressa dal considerando n. 35, ma non viene poi tradotta nella parte normativa della direttiva con precise disposizioni, come accade invece nella direttiva per gli appalti della difesa.

Il partenariato per l'innovazione, disciplinato all'articolo 31 della Direttiva 2014/24/UE, consiste in una procedura nuova, non presente nelle precedenti direttive, appositamente disegnata per favorire l'innovazione tecnologica attraverso la domanda pubblica. L'effettiva novità del partenariato per l'innovazione è però stata messa in discussione: mentre per alcuni esso è considerato la più importante novità della direttiva³⁸, altri commentatori³⁹ sottolineano che esso non conferisce un nuovo strumento alle stazioni appaltanti, limitandosi a specificare quanto già era possibile fare con gli strumenti del dialogo competitivo e della procedura negoziata, mentre altri ancora rilevano che il partenariato per l'innovazione consiste in una specifica procedura di appalto innovativo la quale, in considerazione della sua particolare complessità, è adatta solo per ipotesi di grande valore e di grande innovazione⁴⁰. Per la verità occorre segnalare che la Corte di Giustizia, in un caso deciso sotto la vigenza delle precedenti direttive⁴¹, ha statuito l'illegittimità di una procedura seguita da una stazione appaltante francese e

³⁷ Direttiva 2009/81/CE, art. 1, punto 27.

³⁸ A.R. Apostol, *Pre commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, 213-225.

³⁹ P. Cerqueira Gomez, *Innovative Innovation Partnership under the Public Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 211-218. Sul partenariato per l'innovazione si veda anche: M. Andrecka, *Innovation partnership in the new public procurement regime – a shift of focus from procedural to contractual issues?*, in *Public Procurement Law Review*, 2015, 48-62 e P. Telles, L. Butler, *Public Procedure Award Procedures in Directive 2014/24/EU*, in Lichère, Caranta, Treumer, cit., 131-183, in part. 160-180.

⁴⁰ C. Krönke, *Innovation Partnership: Purpose, Scope of Application and Key Elements of a New Instrument of Strategic Procurement*, in Racca, Yukins, cit., 337-345.

⁴¹ CGUE, caso C-299/08, Commissione c. Francia. La sentenza ha suscitato numerosi commenti, tra i quali: S. Ponzio, *Gli «appalti di definizione» nell'ordinamento francese. La violazione dei principi di trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Il Foro amministrativo*, 2010, 1189-1204; F. Brenet, *La procédure de passation des marchés publics de définition condamnée par le droit communautaire*, in *Revue Juridique de l'Economie publique*, 2010, n. 675, 22-24.

molto simile all'attuale partenariato per l'innovazione. Il diritto francese consentiva alle stazioni appaltanti di mettere a gara un contratto cosiddetto «di definizione», vale a dire una prestazione di consulenza per individuare «le condizioni e le possibilità per elaborare successivamente un contratto di appalto», nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice non fosse in grado di specificare gli obiettivi e le prestazioni, le tecniche e le risorse umane necessarie per l'appalto. In tal caso, il codice degli appalti francese prevedeva che il vincitore del contratto di definizione potesse poi ottenere l'aggiudicazione del contratto di esecuzione senza ulteriore procedura ad evidenza pubblica. La Corte di Giustizia ha affermato (punto 43) che «gli appalti di definizione e gli appalti di esecuzione appaiono avere, per loro natura, oggetti diversi, cioè, da una parte, il lavoro di studio, di progettazione e di precisazione delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e dall'altra l'effettiva prestazione delle forniture, dei servizi o dei lavori previamente definiti. Orbene, le disposizioni nazionali censurate non sono idonee a garantire che, in ogni caso, l'oggetto e i criteri di aggiudicazione sia degli appalti di definizione sia dell'appalto esecuzione possano essere definiti dall'inizio del procedimento».

Pertanto, pur avendo la Francia sostenuto che si trattava di una procedura di dialogo competitivo, la Corte ha ritenuto che quell'istituto non fosse applicabile in quanto esso si riferisce all'aggiudicazione di un solo contratto, mentre nel caso in questione ne venivano aggiudicati due: uno per la ricerca dell'innovazione e l'altro per la sua esecuzione e, soprattutto, i due contratti non potevano avere un oggetto predefinito e comune proprio perché il primo era finalizzato a determinare l'oggetto del secondo.

Tenendo presente questo precedente, si può in effetti differenziare il partenariato per l'innovazione dal dialogo competitivo in quanto il primo è utilizzabile tutte le volte che si pone la necessità di svolgere una previa attività di ricerca e sviluppo, anche in considerazione del fatto che la selezione dei candidati deve essere svolta tenendo conto della loro capacità di svolgere attività di ricerca e sviluppo nonché di sviluppare ed implementare soluzioni innovative⁴² (il che pone a sua volta il problema della distinzione rispetto all'acquisto di servizi di ricerca e sviluppo, esaminato sopra). In altre parole, mentre il dialogo competitivo è un contratto unitario, il cui oggetto è stabilito fin dall'inizio, benché in termini di obiettivi da raggiungere, il partenariato per l'innovazione include invece almeno due diversi contratti: un primo contratto di ricerca ed un secondo contratto di esecuzione dei risultati della ricerca⁴³.

⁴² Come suggerito da Telles e Butler, cit., 162.

⁴³ Altre caratteristiche del dialogo competitivo che rendono difficile il suo utilizzo per sviluppare l'innovazione sono state esaminate in precedenza, nel paragrafo 2 di questo articolo.

- La procedura di partenariato si compone di tre fasi⁴⁴:
- la prima fase consiste nella selezione di uno o più partner in possesso dei requisiti richiesti, tra i quali in particolare la capacità a svolgere attività di ricerca e sviluppo;
 - la seconda fase, durante la quale il partener o i partner selezionati sviluppano la nuova soluzione richiesta in collaborazione con l'acquirente pubblico. Tale fase può essere ulteriormente distinta in sub-fasi e si può anche prevedere che il numero di partner venga ridotto nel passaggio delle sub-fasi;
 - la fase finale, detta anche fase commerciale, durante la quale viene realizzato il prodotto o il servizio risultante dall'attività di ricerca e sviluppo svoltasi durante la seconda fase.

Uno degli aspetti più interessanti della suddivisione in più segmenti della procedura di selezione consiste nella possibilità per la stazione appaltante di svolgere un'attività di *cherry picking*, cioè di individuare le parti migliori delle diverse offerte per metterle insieme e costruire così una offerta ideale, da sottoporre poi all'offerta finale dei partecipanti. Tuttavia, tale possibilità è comune alle altre procedure simili come il dialogo competitivo e la procedura negoziata e ne condivide anche i limiti, consistenti nella necessità di rispettare la par condicio ed i segreti commerciali ed industriali dei partecipanti.⁴⁵ Peraltro occorre segnalare che, mentre nel dialogo competitivo è necessario il consenso degli interessati per rilevare soluzioni proposte o informazioni riservate a tutti i partecipanti e poter così procedere con il *cherry picking*, nel partenariato per l'innovazione è richiesto soltanto che la stazione appaltante definisca a priori le modalità di protezione della proprietà intellettuale, in modo che ciascun partecipante ne sia consapevole dall'inizio della procedura.

Di particolare interesse le disposizioni sul partenariato per l'innovazione che riguardano la fase dell'esecuzione e della risoluzione del contratto, le quali in effetti non si trovano nelle procedure simili che sono soggette alla regolamentazione europea solo fino all'aggiudicazione.⁴⁶ L'esecuzione del contratto deve svolgersi in fasi successive, per ciascuna delle quali è previsto uno specifico obiettivo da raggiungere e la stazione appaltante può anche decidere di terminare la procedura nel caso in cui non venga raggiunto l'obiettivo. È anche prevista la facoltà, nel caso in cui siano stati ammessi alla procedura più operatori economici, di formulare la fase di esecuzione per successive riduzioni del numero dei partecipanti, fino alla individuazione di uno solo che dovrà terminare la ricerca e sviluppo

⁴⁴ Commissione europea, comunicazione: Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione, C(2018) 3051 final, 15 maggio 2018, punto 4.2.3.4.

⁴⁵ Sul punto si vedano le interessanti considerazioni di Andrecka, cit., 56-58.

⁴⁶ Telles e Butler, 169-173.

e procedere con la realizzazione del bene o del servizio. Questa procedura a fasi, se da una parte costituisce la cifra caratteristica del partenariato per l'innovazione e consente grande flessibilità, può peraltro prestare il fianco alle critiche di chi la considera una norma di facile contestazione alla luce del principio di par condicio il quale richiede la previa determinazione dei criteri oggettivi sia per la selezione che per la risoluzione del contratto⁴⁷

Il giudizio complessivo sulla nuova procedura del partenariato per l'innovazione non può che essere provvisorio, in attesa di una verifica sul campo da parte degli operatori e di eventuali interventi giurisprudenziali⁴⁸. Fatta questa premessa, si possono certamente individuare alcuni aspetti critici: in primo luogo, la struttura della procedura non pare particolarmente incentivante per le stazioni appaltanti che non risulterebbero stimolate ad applicarla: a fronte di una notevole incertezza normativa ed applicativa, esse infatti potrebbero optare per l'acquisto di beni e servizi già esistenti sul mercato. Si possono inoltre verificare effetti anti-competitivi sotto tre diversi aspetti: da una parte l'estrema flessibilità nella determinazione dei criteri e dei segmenti di esecuzione della procedura potrebbe consentire alle stazioni appaltanti di introdurre specifiche tecniche tendenti a favorire imprese nazionali; dall'altra parte, potrebbe creare situazioni di *lock-in* a favore dell'operatore economico vincitore della procedura e, in terzo luogo, potrebbe attribuire al vincitore un eccessivo vantaggio sul mercato, se esso non è vincolato alla vendita alla sola stazione appaltante, ma è autorizzato a vendere sul mercato, potendo così avvalersi di una sovvenzione indiretta.

Infine, per quanto riguarda la struttura stessa della procedura, se essa supera le difficoltà inerenti all'appalto pre-competitivo perché unisce in un solo contratto la fase di ricerca e sviluppo con quella di acquisto del bene o servizio, dall'altra impone alla stazione appaltante di avviare una procedura per l'acquisto di un bene o servizio che potrebbe anche non venire mai ad esistenza, richiedendo così in capo alla stazione appaltante una certa propensione al rischio.

Proprio quest'ultima riflessione ha indotto alcuni autori⁴⁹ a formulare un cauto ottimismo circa la diffusione del partenariato per l'innovazione ed i suoi effetti positivi: tale positiva diffusione potrà realizzarsi qualora lo strumento in oggetto sia attivato da stazioni appaltanti di grandi dimensioni ed in quanto tali

⁴⁷ Telles e Butler, cit., 169-173.

⁴⁸ Sul sito www.procuraplus.org/awards sono riportati gli appalti innovativi premiati dalla commissione europea in relazione a diverse categorie ed è dunque possibile avere una prima indicazione delle iniziative in materia. Peraltro il sito non si limita agli appalti innovativi in senso stretto – partenariati per l'innovazione – ma comprende anche appalti precompetitivi ed ogni forma di appalto che contenga un qualche elemento di innovazione, inclusi gli appalti con varianti in fase di progettazione, sicché non è facile individuare quelli che interessano in questa sede.

⁴⁹ Telles e Butler, cit., 180.

dotate di specifiche competenze sia tecnologiche che giuridiche, nonché di una ragionevole propensione al rischio.

4. *Il codice dei contratti pubblici italiano (D.Lgs. 50/2016), le (scarse) iniziative in Italia ed il ruolo dell'AGID*

Il codice dei contratti pubblici italiano è stato approvato con D.Lgs. 50/2016 in forza della legge delega 11/2016, per l'attuazione delle direttive appalti del 2014.

In relazione agli appalti precompetitivi ed al partenariato per l'innovazione – il D.Lgs. 50/2016 si limita a riportare il contenuto della direttiva senza modifiche rilevanti: per gli appalti pre-commerciali nell'articolo 158 e per il partenariato per l'innovazione all'articolo 65. In assenza di giurisprudenza rilevante, ci si può dunque richiamare alle osservazioni sopra svolte in merito al testo della Direttiva.

I principali commenti, anche in assenza di precedenti giurisprudenziali, non paiono finora avere fornito spunti di riflessione rilevanti ed ulteriori rispetto a quanto già visto in relazione alla direttiva⁵⁰. Interessante invero la questione sollevata in merito alla natura giuridica del partenariato per l'innovazione, se cioè esso debba ritenersi caratterizzato da natura concessoria – come sembrerebbe suggerire il termine “partenariato” – oppure se rientri invece nel modello del contratto di appalto. L'analisi del testo induce a ritenere che vengano posti a carico del partner privato i soli rischi di costruzione e di disponibilità e non anche quelli di domanda, con la conseguenza che la struttura contrattuale pare più assimilabile a quella di un contratto di appalto e non di concessione⁵¹. Per gli appalti pre-commerciali, inoltre, rimane valida la comunicazione dell'ANAC, riferita al codice previgente ma emanata pochi giorni prima dell'entrata in vigore del D, Lgs. 50/2016, con la quale viene definita la nozione di servizi di R&S e vengono indicate alcune fattispecie non rientranti nell'esenzione in oggetto, al dichiarato fine di contrastare la possibile applicazione dell'istituto per fini elusivi della normativa in materia di appalti pubblici⁵².

Altro problema classificatorio è connesso al fatto che il partenariato per l'innovazione si caratterizza per essere una procedura plurifasica la quale si dispiega

⁵⁰ I numerosi commenti al codice dei contratti pubblici pubblicati a partire dal 2016, nell'esaminare l'articolo 65 si limitano prevalentemente ad illustrare la procedura, sottolineandone l'assoluta novità e quindi l'assenza di possibili riferimenti giurisprudenziali (es. A. Manzi, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, in F. Caringella, M. Protto, 2017, 326; R. de Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1174-1177)

⁵¹ R. Esposito, *Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 269-270. In tal senso, benché implicitamente, anche C. Chiarello, *Il partenariato per l'innovazione*, in *GiustAmm*, n. 2/2016

⁵² Comunicato del Presidente ANAC del 9 marzo 2016.

in un arco temporale molto lungo, dovendo comprendere sia la fase di ricerca che quella di realizzazione del prodotto o del servizio. La particolare dilatazione dell'elemento cronologico ha fatto sorgere il dubbio se si tratti di una ipotesi di partenariato di tipo contrattuale oppure di tipo istituzionalizzato, ma dal testo dell'articolo 65 è difficile ricavare gli estremi per giustificare la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, sicché la soluzione contrattuale appare quella più convincente⁵³.

Appare forse interessante, in proposito, tentare una breve panoramica di tipo empirico sullo stato di realizzazione degli appalti innovativi in Italia.

A tal fine la fonte migliore risulta essere il sito www.appaltinnovativi.gov.it gestito dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID), il quale si propone tra il resto di fornire un censimento aggiornato degli appalti innovativi. Poiché non esiste un obbligo di segnalazione all'AGID degli appalti innovativi e poiché, d'altra parte, il sito intende recensire non solo gli appalti esplicitamente innovativi – servizi di ricerca e sviluppo e partenariato per l'innovazione – ma anche le altre forme di appalto che consentono l'innovazione, come il dialogo competitivo o gli appalti con varianti in sede di offerta (seguendo lo schema onnicomprensivo adottato dalla Comunicazione della Commissione del 2018 sugli appalti per l'innovazione, di cui al paragrafo precedente), è evidente che esso non può garantire la completezza dei dati raccolti, ma fornisce comunque alcune indicazioni significative.

Il dato che più colpisce è che dal 2012 ad oggi (settembre 2019) sono state censite 57 «sfide» per un valore complessivo di 389 milioni di €. Anche se si può notare un forte aumento delle sfide nel 2017-18 (rispettivamente 23 e 16 sfide), si tratta con tutta evidenza di un numero insignificante rispetto al potenziale di appalti innovativi esistente in Italia. Per quanto riguarda i settori, la grande maggioranza di sfide è stata realizzata nell'ambito della salute e qualità della vita (25), seguita dall'Agenda digitale e *Smart Communities* (14) e dall'energia e ambiente (11). Se poi si esaminano gli strumenti giuridici cui si è fatto ricorso con maggiore frequenza, si può vedere che l'appalto pre-commerciale è di gran lunga quello più utilizzato (ma non è dato sapere se poi esso è stato seguito da una procedura di acquisto dei beni o servizi risultanti dall'attività di ricerca e sviluppo), mentre il partenariato per l'innovazione risulta essere stato utilizzato in pochi casi.

A fronte di assai scarso ricorso allo strumento della spesa pubblica per stimolare l'innovazione tecnologica – che peraltro pare in linea con gli altri Stati membri dell'UE, come risulta dai documenti della Commissione esaminati nel paragrafo precedente – si possono rilevare alcune iniziative istituzionali volte a stimolare la crescita degli appalti innovativi. Anche una verifica presso la banca dati TED (*Tenders Electronic Daily*) conferma la presenza di un limitatissimo numero di partenariati per l'innovazione pubblicati in tutta Europa.

⁵³ S. Fantini, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 855.

Nel giugno del 2018 è stato firmato un protocollo di intesa tra Confindustria, Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, AGID e Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (ITACA), per la costituzione di un Comitato di coordinamento avente lo scopo di instaurare un rapporto di collaborazione per promuovere la conoscenza e favorire l'utilizzo dell'appalto pre-commerciale quale strumento per l'esecuzione di attività di ricerca e sviluppo, nonché degli altri strumenti previsti dalle direttive europee (partenariato per l'innovazione), al fine di sostenere l'innovazione dell'offerta di mercato e mantenere e incrementare la presenza sul territorio di significative competenze di ricerca ed innovazione industriale. Il Comitato di coordinamento, che è diventato operativo nell'autunno 2018, ha individuato due linee di intervento prioritarie consistenti nell'organizzazione di una serie di eventi aperti alle imprese ed alle stazioni appaltanti per diffondere la cultura dell'appalto innovativo, nonché nella predisposizione di attività di formazione, offerta sia alla platea degli operatori in materia di appalti, sia più specificamente ai RUP operanti nelle centrali di committenza, allo scopo di diffondere l'acquisizione delle competenze giuridiche e gestionali necessarie per la diffusione degli appalti innovativi.

In data 20 marzo 2019 è stato pubblicato sulla GU il decreto MISE del 31 gennaio 2019 per l'attuazione di bandi di domanda pubblica intelligente. Tale decreto prevede lo stanziamento di 50 milioni di € «per sostenere le imprese ed altri operatori economici, anche in collaborazione con organismi e/o centri di ricerca, nello svolgimento delle attività inerenti allo sviluppo, alla prototipazione e alla sperimentazione di nuove soluzioni utili a soddisfare i «fabbisogni smart» del Paese». L'attuazione del decreto dovrà avvenire attraverso la pubblicazione di bandi di gara «emanati in conformità al modello ed alla relativa disciplina degli appalti di innovazione e/o pre-commerciali». A tal fine, nel luglio 2019, il MISE ha sottoscritto una convenzione con AGID alla quale ha conferito la funzione di stazione appaltante per l'emanazione dei bandi di cui all'articolo 2 del decreto citato.

5. *Due spunti per uno sviluppo degli appalti innovativi: il ruolo delle centrali di committenza e la collaborazione istituzionale con la ricerca pubblica*

La brevissima panoramica descritta nel paragrafo precedente fornisce un quadro dell'assai limitato – per non dire sostanzialmente inesistente – ricorso al partenariato per l'innovazione, mentre il paragrafo 3 ha indicato alcuni tra gli elementi che probabilmente giustificano questa scarsa propensione delle stazioni appaltanti ad utilizzare tale strumento giuridico innovativo, introdotto dalle Direttive Appalti del 2014 appositamente per sviluppare l'innovazione attraverso la leva della domanda pubblica.

In estrema sintesi, si può dire che il partenariato per l'innovazione richiede alla stazione appaltante un grande sforzo di progettazione e di sviluppo degli atti di gara, con la partecipazione di tecnici e giuristi e con i particolari problemi connessi alla gestione della proprietà intellettuale e comporta un'alta probabilità di contenzioso, come tutte le procedure che non possono fare riferimento ad un consolidato *corpus* di precedenti amministrativi e giurisprudenziali. Dall'altra parte, il partenariato per l'innovazione presuppone anche una forte propensione al rischio perché il suo risultato non è certo ma, appunto, dipende dal successo della prima fase di ricerca e sviluppo, nonché dalla successiva realizzazione del risultato della ricerca durante la fase di realizzazione del bene.

È dunque naturale che le stazioni appaltanti, anche se di grandi dimensioni, tendano ad evitare tale procedura di aggiudicazione, oppure vi ricorrano solo nel caso di iniziative finanziate da fondi pubblici, europei o nazionali. Ma si può dubitare che, se l'incentivo a svolgere l'appalto innovativo consiste nella contribuzione pubblica, la funzione stessa dell'appalto innovativo venga almeno parzialmente contraddetta, perché esso dovrebbe sviluppare l'innovazione agendo dal lato della domanda e quindi per il solo fatto che il prodotto o il servizio innovativo siano effettivamente necessari alla stazione appaltante, mentre se quest'ultima agisce solo, o principalmente, per l'incentivo costituito dal contributo pubblico, allora sarebbe forse più corretto un intervento diretto attraverso l'erogazione di contributi pubblici alla ricerca, secondo il classico schema di stimolo dal lato dell'offerta⁵⁴.

Questi problemi potrebbero forse apparire meno ostativi se riferiti alle centrali di committenza le quali, come noto, sono state riconosciute per la prima volta dalle Direttive Appalti del 2004, al fine di legittimare un modello già diffuso tra gli Stati Membri, mentre il loro ruolo è stato potenziato nelle Direttive Appalti del 2014 anche in relazione all'accresciuta attenzione nei confronti dei cd. appalti strategici⁵⁵. Gli scopi comunemente attribuiti alle centrali di committenza sono in primo luogo la riduzione della spesa pubblica attraverso la centralizzazione degli acquisti⁵⁶, ma anche la professionalizzazione delle stazioni appaltanti che, anzi, nel Codice dei contratti pubblici italiano (D.Lgs. 50/2016) sem-

⁵⁴ Diverso se il contributo pubblico copre solo una piccola parte del costo dell'appalto, magari per compensare i maggiori costi di procedura o per limitare parzialmente il rischio, purché non venga snaturata la funzione della domanda pubblica che l'appalto (innovativo) deve soddisfare.

⁵⁵ A fronte di numerosi commenti sul ruolo, le funzioni e la natura giuridica delle centrali di committenza, per uno studio che affronti il tema in termini più strutturali cfr. M. Comba, C. Risvig Hamer (a cura di), *Central Purchasing Bodies in Europe*, Elgar, in corso di preparazione.

⁵⁶ Pur essendo questo un obiettivo che non può costituire base giuridica delle Direttive europee: cfr. M. Comba, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of Laws*, in F. Lichère, R. Caranta, S. Treumer (a cura di), *Modernising Public Procurement: the new Directive*, Copenhagen, 2014, 29-48, dove si dimostra che l'efficienza della spesa pubblica «is not and cannot be an autonomus objective of EU Directives on public procurements» (p. 42).

bra rivestire un ruolo di particolare importanza in quanto inserita in un contesto di forte riduzione del numero delle stazioni appaltanti e di necessario ricorso a stazioni appaltanti appositamente qualificate. Pare allora evidente che le centrali di committenza possono assumere un ruolo di particolare impulso nello sviluppo degli appalti innovativi – e del partenariato per l'innovazione – proprio perché esse sono caratterizzate da un elevato livello di specializzazione del personale e, date le loro dimensioni, possono assumere anche rischi calcolati come quelli insiti nei partenariati per l'innovazione. Inoltre la peculiare posizione delle centrali di committenza, che centralizzano gli acquisti e dunque agiscono per conto di numerose altre stazioni appaltanti, le pone in una posizione privilegiata per l'analisi dei bisogni di innovazione, che costituisce uno degli aspetti più critici dell'intero procedimento.

Proprio la particolare situazione italiana, dove le centrali di committenza sono attualmente in numero limitato e, comunque, in prospettiva dovranno essere soggette ad una qualificazione per lo svolgimento della loro attività, consentirebbe anche un'azione di formazione ed aggiornamento coordinata del personale addetto agli appalti innovativi nonché – senza con ciò contraddire quanto sostenuto in precedenza – una qualche forma di incentivo allo svolgimento di appalti innovativi inteso come obiettivo di risultato da indicare agli amministratori ed ai dirigenti.

Un'ultima considerazione può essere svolta in relazione alla possibile interazione tra il discorso fin qui sviluppato in merito agli appalti innovativi, da una parte, ed il patrimonio di ricerca pubblica dall'altra. Mentre si assiste ad un'accelerazione delle iniziative per stimolare la domanda pubblica di soluzioni innovative nei confronti delle imprese private, si moltiplicano dall'altra parte le iniziative tese a valorizzare i risultati della ricerca pubblica al fine di farla conoscere alle imprese perché ne possano trarre tutti i possibili vantaggi (incubatori delle Università, centri di competenza e financo iniziative di fondi di investimento per la ricerca pubblica). Mettendo insieme questi due fenomeni, che paiono al momento muoversi in modo autonomo e non coordinato, si potrebbe pensare ad una collaborazione pubblico/pubblico, nell'ambito della quale la ricerca pubblica sia stimolata dalla domanda pubblica.

Appalti pubblici per l'innovazione

Mentre la letteratura scientifica sull'innovazione è ampia ed esauriente, gli studi comparatistici sui modelli giuridici per lo sviluppo dell'innovazione da parte della domanda pubblica sembrano in una fase iniziale. Il diritto europeo ha introdotto nel 2004 la disciplina degli appalti per servizi di ricerca e sviluppo e nel 2014 il partenariato per l'innovazione, procedura di aggiudicazione appositamente pensata per l'acquisto di prodotti o servizi non ancora presenti sul mercato. Il partenariato per l'innovazione presenta alcuni aspetti problematici circa la sua qualificazione giuridica – anche in rapporto al dialogo competitivo – nonché alcuni aspetti critici in merito alla sua concreta operatività, che lo rendono ad oggi poco sviluppato sia a livello italiano che europeo. L'articolo propone due suggerimenti per un maggiore ricorso al partenariato per l'innovazione, attraverso le centrali di committenza e la collaborazione istituzionale con la ricerca pubblica.

Public procurement for innovation

While the scientific literature on innovation is extensive and comprehensive, comparative studies on legal models for the development of innovation in the light of public demand seem to be at an early stage. In 2004, European law introduced procurement rules for research and development services, and in 2014 the Innovation Partnership: an award procedure specifically designed for the purchase of products or services not yet on the market. The Innovation Partnership presents some problematic aspects regarding its legal qualification – also in relation to competitive dialogue – as well as some critical aspects regarding its concrete operation, which make it underdeveloped at both an Italian and European level to date. The article proposes two suggestions for a greater use of Innovation Partnerships, through central purchasing bodies and institutional collaboration with public research.

Certificazioni ambientali e logiche di mercato*

Marco Macchia

SOMMARIO: 1. Il mercato come “strumento” di protezione ambientale. – 2. Tipologie di certificazioni ambientali. – 3. I certificati di efficienza energetica. – 4. I certificati per la produzione di biocarburanti. – 5. Le caratteristiche comuni. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Il mercato come “strumento” di protezione ambientale*

Oltre ai benefici di carattere ambientale e climatico, l'introduzione e l'uso di meccanismi di incentivazione del mercato come i certificati – sulla scia della tendenza dei poteri pubblici a regolamentare le attività produttive di “certezza”¹– hanno un impatto considerevole sull'economia, sia pubblica che privata. L'apertura delle imprese e dei soggetti economici all'adozione di programmi ambientalmente sostenibili consente una diretta riduzione dei costi aziendali e stimola lo sviluppo del mercato di prodotti energetici, aprendo a spazi di investimento ulteriori.

È noto che gli obiettivi di protezione ambientale, risorsa della quale va tutelata la fruizione condivisa e la salvaguardia nel tempo, possono essere raggiunti in diversi modi, anche sfruttando il mercato². Fino a che punto, però, gli arnesi del mercato possono aiutare a rendere effettivo il dettato dell'art. 3 del d.lgs. 3 aprile

* Il presente contributo, con poche modifiche, è pubblicato altresì in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. II, Napoli, 2019, pp. 1019-1059.

¹ La scienza giuridica pubblicistica ha riflettuto sulle differenze tra sistema pubblicistico di produzione di “certezze” e sistemi di mercato fondati sulle esigenze informative e conoscitive, si v. A. Benedetti, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, 16 ss. Sul nodo concettuale legato alle differenti nozioni di verità e di certezza nel procedimento amministrativo, E. Carloni, *Le verità amministrative: l'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011.

² Sul tema, in generale, delle tecniche di tutela dell'ambiente si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007. Sull'impossibilità di delineare una definizione giuridica unitaria di ambiente, si v. M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1 ss. Sulla poliedricità del tema ambientale, E. Picozza, *Le nozioni giuridiche di ambiente e disciplina generale*, in *Nozioni fondamentali di diritto dell'ambiente*, a cura di E. Picozza, Roma, 2016, 9 ss.

2006, n. 152³, il quale stabilisce, a carico di tutti gli enti pubblici e privati, nonché delle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, il dovere di «tutelare l'ambiente, gli ecosistemi naturali e il patrimonio culturale», nel segno del rispetto del principio dello sviluppo sostenibile «al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future»?

I primi suggerimenti ad adottare strumenti di tale tenore sono stati sovranazionali⁴. Accanto ai rimedi di tutela di tipo tradizionale, fondati sui comandi e sui divieti, si è gradualmente assistito alla proliferazione di congegni volti a sfruttare i meccanismi negoziali, impiegando in modo rafforzativo le logiche competitive rispetto alla regolazione di tipo tradizionale⁵.

Sono differenti le filosofie di fondo che permeano questi istituti. Da una parte, vi sono i rimedi basati sull'autorità, tra cui rientrano i divieti, definiti con legge, e irrobustiti dalla previsione di un apparato sanzionatorio che, a seconda della gravità della condotta, possono assumere una veste penale ovvero amministrativa⁶. In questa tipologia rientrano pure le ipotesi di responsabilità civile, basate sul divieto generale di *neminem laedere*, che non fanno altro che trasferire dal danneggiato al danneggiante il costo dell'attività dannosa, posta in essere a danno del bene ambiente. Sono comunque basati su una logica autoritativa i più noti principi ambientali: chi inquina paga, riduzione del danno alla fonte, precauzione, prevenzione. Dall'altra parte, si annoverano gli strumenti fondati sul meccanismo del vantaggio indiretto, ossia strumenti che operano attraverso il mercato e «prescindono del tutto dall'impiego di misure autoritative da parte di autorità pubbliche che pur si fanno parte attiva per promuoverli» in cui «lo Stato assume il ruolo di “facilitatore”»⁷.

Nella prima ipotesi, assistiamo ad istituti regolati dal diritto che impongono un comportamento doveroso in via immediata. Nella seconda fattispecie, vice-

³ Testo poi modificato dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4. Sui doveri pubblici a carico dei privati e dei pubblici poteri e sulle conseguenze con uno sguardo più ampio sul concetto e sulla rilevanza dei fatti giuridici in una prospettiva neuroscientifica, E. Picozza, *Problemi di carattere applicativo*, in E. Picozza, L. Capraro, V. Cuzzocrea, D. Terracina, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2014, 120 ss.

⁴ Sottolinea l'importanza di meccanismi di mercato rispetto alla regolamentazione di tipo tradizionale, Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, «*Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*», COM (2000) 576.

⁵ R.B. Stewart, *Markets Versus Environment?*, European University Institute, Jean Monnet Chair Papers, 1995, n. 19. Sui diversi tipi di strumenti di mercato nella prospettiva dell'economia ambientale, M. Cafagno, F. Fonderico, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente, Principi generali, I*, diretto da P. Dell'Anno, E. Picozza, Padova, 2012, 502 ss. Sui modelli economici che si basano su istanze di tipo etico, A. Sen, *La ricchezza della ragione: denaro, valori, identità*, Bologna, 2002.

⁶ G. Acquarone, *I principi delle politiche pubbliche per la tutela dell'ambiente*, Torino, 2003; C. Viviani, *Il danno ambientale*, Padova, 2000, anche per i profili di diritto comparato.

⁷ M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 222 ss.

versa, vi sono tecniche che si basano su un comportamento volontario di coloro i quali tengono abitualmente comportamenti particolarmente rilevanti nel settore ambientale. Come è stato più volte considerato dalla Commissione europea⁸, la promozione di comportamenti socialmente responsabili da parte delle imprese costituisce uno strumento fondamentale sia per lo sviluppo economico europeo sostenibile, sia per l'aumento della competitività dell'economia europea sul piano globale. Essa, per un verso, favorisce la redditività sociale dell'economia dell'Unione e, per altro verso, ne valorizza la competitività all'esterno, connotandola in termini di qualità e di sostenibilità.

Del resto, da tempo gli strumenti di intervento tradizionale mostrano tutti i loro limiti, perché presuppongono rigide determinazioni e programmazioni, difficili da realizzare nella pratica a causa del progresso scientifico. Sono fallimentari perché tendono a concentrare il potere decisionale in capo alla pubblica amministrazione, con tutte le conseguenze in termini di inefficienza derivanti dal carattere accentrato e preventivo della decisione. Mentre un differente approccio merita di essere sviluppato, essenzialmente fondato sulla convinzione che un utilizzo orientato di alcune tecniche competitive possa rivelarsi utile alla difesa dell'ambiente in una dimensione di tutela "attraverso il mercato".

Il che richiede una forte assunzione di responsabilità da parte dei pubblici poteri, i quali hanno l'onere di combattere il deterioramento ambientale garantendo competitività economica e benessere/qualità della vita delle generazioni presenti e future. Non manca, tuttavia, la necessità di uno sforzo rilevante di indirizzo nel quale la funzione strategica delle politiche industriali, ma anche quella di impulso e coordinamento, assumono un rilievo cruciale.

In generale, tali istituti possono essere più correttamente inquadrati quali traduzioni non tanto di diritti all'ambiente salubre – è sempre più corretto riferirsi ad un diritto alla salute – bensì piuttosto di doveri di solidarietà a protezione dell'ambiente (e a tutela delle generazioni future⁹), che trovano il proprio fondamento nell'art. 2 Cost. Sotto questo profilo si conferma il cambio di prospettiva: dall'ambiente come oggetto di diritti, all'ambiente come oggetto di doveri¹⁰.

⁸ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione europea relativa alla «Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile», 2 luglio 2002, COM (2002)347 def., nonché alla Comunicazione della Commissione europea «Contribuire allo sviluppo sostenibile: il ruolo del commercio equo e solidale e dei programmi non governativi in ambito commerciale a garanzia della sostenibilità», 5 maggio 2009, COM (2009)215 def.

⁹ Sulla relazione tra doveri ambientali e diritti delle generazioni future si v. i saggi raccolti in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco, A. D'Aloia, Napoli, 2008.

¹⁰ Sulla prospettiva della doverosità, si v. F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, 2009, 491 ss.; Id., *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, a cura di D. De Carolis, A. Police, Milano, 2005, 119 ss.

La finalità dei pubblici poteri, difatti, non è la tutela dell'ambiente in quanto tale (o almeno non solo), ma «la garanzia dell'ambiente non è altro che una condizione per la sopravvivenza della specie umana» e «l'unica via per realizzare questo obiettivo consiste nell'imposizione di doveri in capo alle persone nella prospettiva di una solidarietà che ha come immediato oggetto l'ambiente»¹¹. Esigenza di tutti i cittadini a vivere e operare in un *habitat* che consenta un'ottimale qualità della vita. In questo senso, le istituzioni europee e nazionali si impegnano nel promuovere un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo.

Se questo è l'obiettivo, per raggiungerlo le autorità pubbliche si affidano innanzitutto a tradizionali interventi diretti di stampo pubblicistico: politiche a tutela dell'ambiente, a tutela dei diritti dell'uomo, autorizzazioni, concessioni. Parallelamente, essendo tali strumenti di per sé insufficienti, il potere si affaccia sempre più spesso verso strumenti di mercato – aventi natura di interventi indiretti – i quali possono funzionare o come correttivi del mercato sul lato della completezza delle informazioni o come strumenti distorsivi o artificiali del mercato (ossia incentivi economici).

2. *Tipologie di certificazioni ambientali*

Le tipologie di intervento pubblico sono condizionate dallo stato delle conoscenze e della tecnica, ovvero congiunte alla presenza di una maggiore sensibilità sociale verso i nuovi problemi dovuti al prodursi di fatti potenzialmente lesivi dell'ambiente. In particolare, le certificazioni rappresentano un modello di integrazione tra la politica di salvaguardia ambientale, da un lato, e la politica industriale e della concorrenza, dall'altro. Un approccio di tale tenore è da tempo suggerito per mezzo di atti di *soft law* dell'ordinamento europeo¹².

Gli strumenti di mercato per la tutela ambientale fondati su sistemi di certezza sono di diversi tipi¹³. Al fine di una chiara schematizzazione, occorre opera-

¹¹ Così in F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, cit., 493.

¹² Basti pensare al Libro Verde «Sugli strumenti di mercato utilizzati ai fini di politica ambientale e ad altri fini connessi» del 28 marzo 2007, COM (2007), 140 def.; alla comunicazione della Commissione «Una politica energetica per l'Europa», del 10 gennaio 2007; nonché, a livello nazionale, alla «Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia», approvata dal CIPE il 2 agosto 2002.

¹³ Per un'analisi completa e approfondita degli strumenti di mercato e dei loro vantaggi in termini di efficienza economica, M. Cafagno, *La cura dell'ambiente tra mercato ed intervento pubblico: spunti dal pensiero economico*, in *Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente* promosso dall'Associazione italiana di diritto urbanistico (Teramo, 29-30 aprile 2005), Milano, 2006, 191 ss. Sulla complessità normativa, organizzativa, funzionale e procedimentale nella materia ambientale, M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 37 ss.

re una macro-distinzione tra certificati correttivi del mercato e certificati artificiali. Nei processi conoscitivi i «meccanismi della “certezza” suppliscono all’effettiva conoscenza personale», in quanto «consentono di ritenere veri determinati assunti “in via sostitutiva” rispetto a processi di verifica e di apprendimento personali»¹⁴.

I certificati correttivi sono quelli diretti a promuovere strumenti di mercato diretti ad assicurare ai terzi che il comportamento di una certa impresa sia conforme a *standards* sociali o ambientali. Ne sono esempi i marchi ISO ovvero Ecolabel. Queste certificazioni spaziano come ambito di applicazione dalla carta igienica ai detersivi alle lavastoviglie ai parchi agli enti locali ai poli industriali, ma anche ai villaggi turistici, fino ai porti¹⁵. Possono assumere la forma di certificazione ambientale di impresa¹⁶ ovvero certificazioni di prodotto¹⁷.

La completezza delle informazioni è, d'altronde, il presupposto di un acquisto consapevole. In altre parole sono interventi regolatori che agiscono sul lato della domanda di prodotti già esistente e che hanno cioè una funzione di corre-

¹⁴ A. Benedetti, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, cit., 26.

¹⁵ Il sistema dell’Unione europea di assegnazione di un marchio di qualità ecologica risale al Reg. CEE n. 880/92, mentre il Reg. CEE n. 1836/93 tendeva a favorire l’adesione volontaria delle imprese del settore industriale a un sistema europeo di ecogestione e *audit*, avente lo scopo di stimolare l’impresa ad adottare programmi e sistemi di gestione aziendale basati sulla considerazione di valori ambientali. A tal proposito, F. Carlesi, *Le certificazioni dei sistemi di gestione per la qualità*, in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, a cura di F. Fracchia e M. Occhiena, Milano, 2006, 65; G. Baccelli, *Analisi economica del diritto dell’ambiente*, in *Principi di diritto ambientale*, a cura di G. Di Plinio e P. Fimiani, Milano, 2008, 85 ss. Emas II ha aperto anche alla pubblica amministrazione portando un allargamento delle aree di intervento a livello di province, comuni, parchi e riserve naturali.

¹⁶ Si tratta di un certificato che nasce come aziendale a cui si collega una dichiarazione di qualità ambientale. Si tratta del sistema europeo EMAS di cui al Reg. n. 761/2001/CEE e l’audit ambientale ISO. È un sistema che certifica la sostenibilità ambientale dell’attività di impresa in relazione all’intero ciclo di vita della stessa, valutato attraverso i c.d. Sistemi di Gestione Ambientale. Proprio in ragione dei citati limiti che caratterizzano il sistema di certificazione di qualità europeo, molte imprese si sono orientate verso altre misure analoghe, sempre di tipo volontario, quali, a livello di normazione internazionale, le norme della serie ISO 14020, ove le etichette ecologiche sono definite «strumenti volontari che mirano a sviluppare la domanda di prodotti e servizi con bassi impatti ambientali fornendo informazioni sul ciclo di vita al fine di indirizzare la richiesta dei consumatori».

¹⁷ Si tratta del sistema istituito dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 1980/2000 del 17 luglio 2000 per l’assegnazione di un marchio europeo di qualità ecologica ai prodotti a minore impatto ambientale. Il marchio “ecolabel” costituisce l’oggetto di una misura europea, fondata sull’art. 192 TFUE e finalizzata alla tutela dell’ambiente attraverso la promozione di prodotti ecocompatibili durante il loro intero ciclo di vita, che offre ai consumatori informazioni accurate, non ingannevoli e scientificamente fondate sull’impatto ambientale dei prodotti. Il sistema è basato, per un verso, sulla fornitura agli imprenditori di uno strumento di marketing per pubblicizzare la qualità del proprio prodotto, e, per altro verso, sull’informazione e sull’educazione al consumo consapevole. Per un approfondimento sul marchio europeo “ecolabel”, si v. P. Fois, *Il diritto ambientale nel diritto dell’Unione europea*, in G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio (a cura di), *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2005, 84 ss.; E. Pistoia, *L’Ecolabel: un marchio comunitario di sostenibilità ambientale a disposizione delle imprese*, in P. Acconci (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, 2009, 3 ss.

zione del mercato, allorquando la “qualità”, intesa in senso ambientale, diventa un obiettivo strategico per l’impresa¹⁸.

Queste certificazioni sono parte del più ampio concetto di *responsabilità sociale d’impresa*, la promozione della quale costituisce un fattore propulsivo del perseguimento degli obiettivi della strategia di Lisbona, in particolare la crescita economica sostenibile e l’integrazione sociale¹⁹. La definizione di impresa come “socialmente responsabile” – discendente dal rispetto di una serie di programmi e parametri – serve anche ad agevolare l’orientamento dei consumatori nelle loro decisioni di acquisto e a guidare gli imprenditori nella scelta delle proprie politiche imprenditoriali²⁰. La responsabilità sociale si fonda su una strategia di natura volontaria, sul rifiuto dell’imposizione di *standards* vincolanti, considerati potenzialmente gravosi e a volte controproducenti²¹.

Numerosi strumenti per la promozione della responsabilità sociale d’impresa sono costituiti da sistemi di certificazione, che spaziano nel vasto campo delle condotte etiche, passando dalla tutela dei diritti dei lavoratori alla tutela

¹⁸ Sul versante delle categorie puramente economiche, gli investimenti “verdi” sono compatibili con la natura di un’attività a scopo di lucro fino a un punto ben determinato: come notato da M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, cit., 2642, «il livello di eco-sostenibilità ottimale del prodotto sarà dato dal punto d’incontro tra il costo marginale (incremento di spesa) che l’impresa affronta al fine di rispettare le esigenze ambientali ed il beneficio marginale (incremento del profitto) che la medesima impresa ottiene in ragione dell’applicazione di una politica ambientalista. Un’eventuale spesa ulteriore, tale da rendere il costo marginale superiore, anche se di poco, al relativo beneficio marginale, avrebbe innegabili effetti positivi in termini di interesse collettivo (incremento di tutela ambientale) ma si rivelerebbe del tutto irrazionale dal punto di vista economico e, pertanto, estranea al sistema imprenditoriale». I modelli di etichettatura ambientale di prodotto sono molteplici, sia a livello nazionale che internazionale. La maggiore o minore efficacia di tali meccanismi è sostanzialmente dettata da tre fattori: 1) il grado di scientificità con cui sono individuati gli standard di valutazione (in termini di rigore dei parametri e di non facile conseguimento del certificato); 2) la terzietà del soggetto cui è demandato il compito di certificare il prodotto (per esigenze di idoneità tecnica, e, soprattutto, di trasparenza dell’assegnazione); 3) la diffusione dell’etichetta e la relativa agevole riconoscibilità della stessa, e del suo valore intrinseco, da parte del consumatore medio.

¹⁹ A partire dal 2001, la Commissione europea ha adottato il Libro Verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, nel quale ha dichiarato l’impegno a promuovere la responsabilità sociale delle imprese, considerata come una modalità di esercizio dell’attività imprenditoriale funzionale al perseguimento di obiettivi europei insieme economici e sociali.

Negli anni successivi, in più occasioni, la Commissione europea ha valorizzato il contributo dell’adozione di pratiche imprenditoriali socialmente responsabili per uno sviluppo sostenibile dell’economia europea, conciliando il perseguimento del profitto agli obiettivi dell’inclusione sociale, della tutela dell’ambiente e dei diritti fondamentali. A tal fine, è stato istituito un *multistakeholders’ forum*, presieduto dalla stessa Commissione e formato da circa quaranta rappresentanti delle categorie dei datori di lavoro, dei lavoratori, dei consumatori e della società civile.

²⁰ D. Russo, *La promozione della responsabilità sociale d’impresa nell’Unione europea*, in *Il dir. UE*, 2011, 477.

²¹ Con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il Trattato sull’Unione europea ha incluso infatti tra i fini dell’Unione lo «sviluppo sostenibile basato su una economia sociale di mercato fortemente competitiva, la piena occupazione, il progresso sociale e il miglioramento ambientale». In questo ambito, il modello economico sociale europeo favorisce l’integrazione tra strumenti amministrativi e di mercato nella protezione ambientale, sfumando i primi e privilegiando i secondi.

della sicurezza nei luoghi di lavoro. I più conosciuti tra questi *standards* sociali sono elaborati da una organizzazione non governativa internazionale, denominata *Social Accountability International*²². Spesso questi sistemi non si adattano alle esigenze di promozione nel mercato europeo, nel quale le imprese operano nell'ambito di una cornice legislativa che prevede un livello di tutela generalmente più elevato di quello imposto dagli *standards* utilizzati dai principali strumenti internazionali di certificazione. Non a caso, nell'ordinamento dell'Unione europea, il sistema di certificazione più noto è quello rivolto alla tutela dell'ambiente.

Se adeguatamente comunicata all'esterno, l'adozione di politiche d'impresa socialmente responsabili può costituire uno strumento efficace di lotta concorrenziale, giacché i costi supplementari richiesti dall'osservanza degli *standard* sociali sono compensati in termini di immagine e di apprezzamento dei consumatori. Sotto questo profilo, la diffusione della responsabilità sociale delle imprese europee può determinare un aumento della competitività dell'economia europea stessa sul piano globale.

Dall'esperienza delle categorie di registrazione e certificazione, a livello europeo, viene la conferma che l'investimento nell'ambiente non costituisce un costo aggiuntivo, ma un ulteriore elemento di ricchezza e di opportunità economica per tutti perché, il rapporto tra economia e ambiente, si sta trasformando da antagonistico – figlio di una ormai superata visione puramente liberista²³ – in integrato, offrendo alle imprese nuove opportunità di crescita, competitività e qualità.

Differenti nella struttura e nelle finalità sono, invece, i certificati artificiali di mercato. Gli antesignani di questi certificati artificiali sono i certificati RECS (*Renewable Energy Certificate System*) diretti ad attestare l'impiego di energia verde. Sperimentati a partire dal 2001 nell'ambito di accordi internazionali, i certificati in questione sono titoli commerciabili separatamente dall'energia sotto-

²² Il sistema di certificazione internazionale della condotta etica delle imprese più diffuso è certamente quello elaborato dall'organizzazione *Social Accountability International* nel 1997. Questo standard è oggetto di periodica revisione da un organo deputato alla certificazione delle imprese che volontariamente abbiano deciso di sottoporsi a tale sistema di controllo. La certificazione, denominata SA8000, utilizza i parametri enunciati dai principali strumenti internazionali per la tutela dei diritti dei lavoratori e per la tutela dei diritti dell'uomo, in particolare le Convenzioni dell'OIL e le Convenzioni dell'ONU. Effettuata una istruttoria preliminare sulla base di una autocertificazione dell'azienda, la certificazione è rilasciata da enti indipendenti, accreditati dall'Organizzazione. A questa segue la concessione dello status di *applicant*. L'impresa accetta in questo modo di sottoporsi ad una attività di controllo periodico da parte dell'ente certificatore finché, in caso di esito positivo, potrà ottenere il certificato di conformità SA8000. Sistemi di controllo internazionale con riferimento alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro sono, ad esempio, l'OHSAS.

²³ Come osserva M. Calabrò, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, cit., 2639, «tale visione si fonda sul pensiero economico di stampo liberista, ai sensi del quale, in effetti, l'attività imprenditoriale sarebbe imprescindibilmente finalizzata al perseguimento del profitto, con la conseguenza che qualsiasi attività non orientata in tal senso – quale ad esempio una particolare attenzione all'aspetto della sostenibilità ambientale della produzione, con i relativi costi – snaturerebbe lo stesso concetto di impresa, in quanto distrarrebbe risorse dal perseguimento dello scopo che le è proprio: creare ricchezza».

stante, emessi a livello nazionale da appositi organismi. Essi attestano che una certa produzione di energia deriva da fonti rinnovabili (acqua, sole, vento) che non depauperano risorse e non arrecano danni irreversibili all'ambiente. Si consente, in questo modo, agli acquirenti di scegliere in modo consapevole (e garantito) se acquistare energia prodotta da impianti non inquinanti, testimoniando così la propria sensibilità a favore dell'ambiente e promuovendo gli investimenti in quest'ultimi.

Tale impiego della certificazione ha gradualmente assunto dinamiche più imponenti. Prima sono stati introdotti, dal decreto Bersani, i certificati *verdi*, attestanti la produzione di energia da fonti rinnovabili – peraltro più volte modificati nel corso del tempo, in ultimo con la legge finanziaria per il 2008 – rappresentativi di quantità di energia prodotta in modo *green*. Il meccanismo dei certificati verdi costituisce una forma di incentivazione della produzione di energia elettrica pulita. Tale meccanismo poggia sull'obbligo, posto dalle norme a carico dei produttori e degli importatori di energia elettrica prodotta da fonti non rinnovabili, di immettere annualmente nel sistema elettrico nazionale una quota di elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili²⁴. Un regime di sostegno – ora in esaurimento – che costituisce la mera declinazione pratica delle finalità generali di incentivazione della produzione di energia pulita in forma diffusa e capillare nel territorio dell'Unione non integrando né una tassa di effet-

²⁴ Si veda, sul punto, l'art. 11 del d.lgs. n. 79/99, il quale prevede che, dall'anno 2002, i produttori e importatori di energia elettrica prodotta da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere ogni anno in rete una quota di energia elettrica prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili. Tale quota è pari al 2% dell'energia elettrica prodotta o importata da fonte non rinnovabile nell'anno precedente, eccedente i 100 GWh/anno. Ai produttori di energia elettrica da fonti fossili è richiesto di trasformare ogni anno una percentuale della loro produzione da fossile a rinnovabile: ove gli stessi non provvedano in tal senso, o lo facciano solo parzialmente, essi devono acquistare certificati verdi in quantità corrispondente alla quota non trasformata. Mentre ai produttori di energia elettrica da fonti rinnovabili che ne facciano richiesta al GSE viene concesso, ogni anno, un certificato per ogni 1 MWh di energia rinnovabile prodotta, che gli stessi soggetti possono cedere ai produttori da fonti fossili che non abbiano raggiunto la quota richiesta. Lo scambio dei certificati tra gli operatori avviene sul mercato gestito dal Gestore dei Mercati Elettrici (GME) ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 79/1999. Il quadro normativo di riferimento nel settore è costituito essenzialmente dal decreto Bersani, dal decreto del Ministero dell'Industria dell'11 novembre 1999, dalla normativa di qualifica degli Impianti Alimentati da Fonti Rinnovabili (IAFR) e, da ultimo, dal decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387. Inoltre, la novella legislativa introdotta con la legge 23 luglio 2009, n. 99, aveva preannunciato una sostanziale modifica nel meccanismo dei certificati verdi. Tale testo normativo prevedeva, infatti, che l'assolvimento dell'obbligo di immettere annualmente nel sistema elettrico nazionale una quota di elettricità prodotta da impianti alimentati da fonti rinnovabili fosse trasferito dai produttori e importatori di elettricità da fonti fossili agli utenti del dispacciamento in prelievo, comportando così, verosimilmente, un trasferimento dei relativi costi in capo agli utenti finali. Tale novella è stata tuttavia abrogata dal d.l. 20 maggio 2010, n. 72, lasciando dunque immutato il profilo soggettivo del sistema dei certificati. Da ultimo, il meccanismo di incentivazione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili è stato riformato dal d.lgs. n. 28/2011, che ha disposto che l'attuale sistema di mercato venga sostituito gradualmente da un sistema di tipo *feed-in tariff*.

to equivalente ad un dazio (ai danni dell'importatore) né una restrizione quantitativa all'importazione²⁵.

Successivamente sono stati inaugurati i certificati *bianchi*, aggiornati con i Decreti ministeriali 20 luglio 2004, che attestano i risparmi di energia primaria realizzati dai distributori di energia elettrica e di gas e rappresentativi di titoli di efficienza energetica²⁶. Ad essi si sono aggiunti i certificati *blu*, introdotti dalla Direttiva *Emission Trading* n. 2003/87, attestanti la riduzione delle emissioni di anidride carbonica. Il mercato dei "diritti di inquinamento" relativi alle quote di emissione dei gas a effetto serra, secondo il Protocollo di Kyoto che impone agli Stati di ridurre le emissioni impiegando il cosiddetto *Emission Trading Scheme*²⁷, è un esempio evidente di tale schema di funzionamento. Infine, i certificati sono impiegati per incentivare la produzione di biometano immesso nella rete del gas naturale e utilizzato per i trasporti tramite il rilascio di titoli in favore del produttore che sia in regola con il pagamento dei corrispettivi dovuti al GSE. Dette categorie di certificati, ognuna per il proprio ambito di applicazione, costituiscono modalità di incentivazione della produzione di energia pulita e del raggiungimento di obiettivi di sostenibilità ambientale.

Vale la pena soffermarsi sui più recenti strumenti di regolazione mediante i certificati, ossia quelli di efficienza energetica e i certificati da poco inaugurati per i biocarburanti, per definirne le principali caratteristiche, i soggetti interessati e le funzioni assolve da tale modalità di incentivazione, giacché il sistema dei certificati verdi è in fase di dissolvimento²⁸. Si ripercorreranno allora brevemente i tratti salienti di tali meccanismi di incentivazione.

²⁵ Cons. Stato, sez. IV, ord. 3 settembre 2019, n. 6078.

²⁶ Il sistema dei certificati bianchi (noti anche come Titoli di efficienza energetica, "TEE") è stato introdotto nella legislazione italiana, quanto al settore elettrico, mediante il decreto 20 luglio 2004 del Ministero dello Sviluppo Economico, sulla base degli obblighi previsti dall'art. 9 del menzionato d.lgs. n. 79/1999; e, quanto al settore del gas, dall'art. 16 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164. Tali certificati costituiscono lo strumento di incentivazione dei soggetti che realizzino interventi di efficienza energetica certi e misurabili, ai quali viene rilasciata una quantità di certificati – uno per ogni tonnellata equivalente di petrolio (TEP) risparmiata – pari al risparmio di energia conseguito. Soggetti onerati dall'adesione al meccanismo dei certificati – che prevede anche modalità di partecipazione volontaria – sono i grandi distributori di gas ed energia elettrica (con più di 50.000 clienti). Anche in questo sistema incentivante, al fine di assolvere all'obbligo legislativo, i soggetti obbligati possono scegliere se provvedere direttamente alla realizzazione di interventi di efficienza energetica presso i propri clienti, oppure acquistare i certificati da altri soggetti nell'ambito del mercato gestito dal GME.

²⁷ Nello spazio europeo, è stata adottata la Direttiva *Emission Trading* (2003/87/CE del 13 ottobre 2003) che crea le basi del sistema di scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra nell'Unione, al fine di promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica.

²⁸ In Cons. Stato, sez. IV, ord. 28 gennaio 2019, n. 708 si rimette alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale sull'applicazione dei benefici della priorità di dispacciamento e dell'esonero dei certificati verdi. In particolare, le questioni riguardano: a) se la Direttiva 2004/8/CE (in particolare, il suo art. 12), osti ad una interpretazione degli artt. 3 e 6, d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, nel senso di consentire il riconoscimento dei benefici di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (in particolare, di cui all'art. 11, e di cui alla Delibera 19 marzo 2002 n. 42/02 dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, delibera che della disposizione precedente costituisce attuazione), anche ad impianti di cogenerazione non ad alto rendimento, anche oltre il 31 dicembre 2010; b) se l'art.

3. *I certificati di efficienza energetica*

Con riferimento ai soggetti istituzionali che operano nel mercato dell'efficienza energetica è importante segnalare come la funzione regolatoria sia dislocata in capo a diverse autorità amministrative. Se la pianificazione e la programmazione strategica nazionale spettano ai Ministeri dello sviluppo economico e dell'ambiente con il supporto tecnico dell'ENEA, la gestione del mercato dei titoli di efficienza energetica e la selezione dei meccanismi di accreditamento sono svolti dal GSE e dal GME a cui sono attribuite le competenze relative all'emissioni dei certificati bianchi e al controllo del mercato telematico.

I titoli di efficienza energetica²⁹ sono titoli negoziabili volti a certificare il conseguimento del risparmio energetico raggiunto mediante progetti di efficientamento energetico³⁰. Il relativo valore varia in relazione al costo dell'energia ed è soggetto all'andamento del mercato. Tale meccanismo è stato introdotto nel contesto della liberalizzazione del mercato elettrico con i decreti del 2004.

I certificati bianchi secondo la Strategia Energetica Nazionale del 2012 rappresentano una parte consistente del risparmio energetico da conseguire entro il 2020, dovendo arrivare a coprire circa un terzo dei nuovi risparmi energetici, soprattutto nei settori dell'industria e dei servizi. L'obbligo nazionale di risparmio energetico da conseguire viene fissato a monte dal Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, ed è rappresentato dalla sommatoria di tutti i certificati che devono essere consegnati ogni anno. Grava, infatti, sui distributori di energia elettrica e gas che abbiano un numero di utenze finali non superiori a 50.000 unità l'obbligo di generare annualmente una data quantità di risparmi energetici o di acquistare una quantità equivalente di certificati; tali soggetti sono inoltre obbligati a

107 del Tfu, osti ad una interpretazione degli artt. 3 e 6, d.lgs. n. 20 del 2007, nei sensi indicati sub a), nella misura in cui tale disposizione, così come interpretata, possa determinare un "aiuto di Stato", e dunque porsi in contrasto con il principio della libera concorrenza; c) se corrisponda ai principi di eguaglianza e non discriminazione del diritto sovrastatale una normativa nazionale che consenta la permanenza del riconoscimento dei regimi di sostegno alla cogenerazione non CAR fino al 31 dicembre 2015; tale potendo essere l'interpretazione del diritto interno italiano per effetto del n. 1 della lett. c) del comma 11, art. 25, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, che abroga le norme richiamate dell'art. 1, comma 15, d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102).

²⁹ Per un approfondimento dottrinale in materia di titoli di efficienza energetica si rinvia a R. Trebace (a cura di), *La certificazione energetica*, Milano, 2014; nonché M. Pavan, *Titoli di efficienza energetica: passato e futuro prossimo*, *Legislazione Gestione energia*, 2008; D. Di Santo, *Introduzione al meccanismo dei Tee*, in Atti del Convegno FIRE, "Il mercato dell'efficienza energetica: evoluzione, orientamenti ed opportunità legate all'incontro tra gli attori", 2006, in www.fire-italia.it; D. Di Palma, *Il business dell'efficienza energetica: i certificati bianchi*, Roma, 2006.

³⁰ Sul punto cfr. Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, *L'efficienza energetica e il suo contributo a favore della sicurezza energetica del quadro 2030 in materia di clima e di energia*, COM/2014/0520 final.

consegnare, a cadenza annuale, un numero di certificazione proporzionale rispetto al quantitativo di energia distribuita.

Tali certificati sono generati a seguito della realizzazione di interventi di efficientamento energetico e devono essere riconosciuti non solo dai c.d. soggetti obbligati, ma anche dalle Esco e da tutte le aziende che abbiano nominato un *energy manager*. Per la regolamentazione del mercato dei titoli di efficienza energetica sono coinvolte più autorità pubbliche: spetta al Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente, fissare gli obiettivi annui di risparmio energetico e le regole generali del suo funzionamento. L'emissione dei certificati è, invece, di competenza del Gestore dei servizi energetici (GSE), a cui spetta il conferimento dell'autorizzazione al rilascio dei titoli e il quale è tenuto ad effettuare tutte le valutazioni di carattere tecnico, nonché a valutare i progetti di efficientamento presentati dagli operatori del mercato, controllando il rispetto dei requisiti richiesti.

È attribuito in capo al GSE anche il monitoraggio dei risparmi conseguiti dall'approvazione dei progetti, avvalendosi del supporto dell'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile e della Ricerca sul sistema energetico³¹. Lo scambio dei certificati viene gestito dal Gestore dei mercati energetici (GME), tenuto all'elaborazione di apposite piattaforme in cui si realizza lo scambio delle suddette certificazioni. I titoli, infatti, sono trasferibili unicamente nell'ambito del mercato telematico gestito da GME e vi hanno accesso unicamente i soggetti accreditati e certificati.

Infine, spetta all'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (Arera, prima Aeegsi) la definizione dell'impatto del meccanismo dei certificati bianchi sull'economia, anche in ragione della variabilità del valore dei titoli in relazione al costo dell'energia elettrica e del gas. L'Arera detiene un potere sanzionatorio nei confronti degli operatori del settore, tanto nel caso di violazione delle regole, quanto nel caso di mancato conseguimento degli obblighi di risparmio che devono essere per legge conseguiti. In particolare, è competente a fissare l'impatto economico del meccanismo dei certificati bianchi.

Gli interventi di risparmio energetico conseguiti mediante il meccanismo dei certificati bianchi hanno interessato tutti i settori economici, ma le recenti riforme legislative e regolamentari ne hanno incrementato l'utilizzo soprattutto nel settore industriale e dei servizi, nonché nello sviluppo di operazioni di risparmio energetico di valenza infrastrutturale in settori come quello delle comunicazioni, della distribuzione idrica e dei trasporti.

³¹ È inoltre opportuno precisare che a partire dal 2 febbraio 2013 l'attività inerente alla gestione, alla valutazione e alla certificazione dei risparmi conseguiti attraverso l'attuazione dei progetti di efficientamento è stata trasferita dall'Arera al Gestore dei servizi energetici in attuazione dell'art. 5, commi 1 e 2 del D.M. 28 dicembre 2012.

Come è noto, il meccanismo dei certificati bianchi è strettamente connesso all'andamento del mercato dei servizi energetici. Di conseguenza, posto che ai fini del suo funzionamento sono computati solamente i risparmi energetici addizionali (ossia quella quota di risparmi che non si sarebbero comunque ottenuti per effetto del processo di evoluzione tecnologica e normativa) il computo del c.d. "coefficiente di addizionalità" deve tener conto delle dinamiche del mercato e deve essere applicato secondo parametri standardizzati e analitici fissati a monte dall'Arera sulla base di un'istruttoria svolta di concerto con l'Enea³².

La quantificazione dei risparmi è per lo più fondata su tre categorie progettuali: in primo luogo rilevano i "progetti standard", mediante i quali il Ministero è tenuto alla predisposizione di schede tecniche che devono stabilire a monte il risparmio della singola unità fisica di riferimento. La scheda tecnica, inoltre, specifica sotto il profilo tecnico e qualitativo i parametri da rispettare i quali devono essere costantemente aggiornate sulla base delle modificazioni legislative. Diversi da tali moduli progettuali sono i "progetti analitici": anch'essi fondati su schede metodologiche precostituite, ma nelle quali il risparmio va ricostruito annualmente sulla base di parametri trasmessi dal richiedente. Infine, per quanto concerne le progettazioni complesse o di grandi dimensioni si ricorre a "progetti a consuntivo", per i quali non vengono utilizzate moduli o schede precostituite. Ciò implica lo svolgimento di un procedimento istruttorio molto complesso che vincola in fase esecutiva il soggetto realizzatore il quale sarà tenuto all'adozione di standard tecnico-qualitativi prefissati dal regolatore in fase istruttoria.

Con riferimento alle autorità coinvolte nel meccanismo di certificazione giova precisare che, in via generale, l'attività di monitoraggio e di verifica e di certificazione dei risparmi energetici è svolta dal GSE di concerto con l'Enea e MISE. Più precisamente, nell'ottica del monitoraggio del mercato, entro il 31 gennaio di ogni anno GSE è tenuto alla trasmissione nei confronti del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero dell'ambiente, del GME, dell'Arera e della Conferenza unificata Stato-Regioni-Enti locali, di una relazione contenente l'attività realizzata nel mercato dei Titoli: più precisamente nella suddetta relazione vengono specificati i progetti oggetto di realizzazione, la locazione territoriale dei progetti, la quantificazione dei risparmi conseguiti nel corso dell'anno e il loro rapporto rispetto agli obiettivi energetici nazionali, nonché il volume dei certificati emessi e le previsioni dell'anno successivo.

Anche il GME è obbligato a relazionare sull'attività svolta, con cadenza semestrale, nei confronti dei Ministeri di GME e dell'Arera relativamente all'an-

³² ENEA, *I Titoli di efficienza energetica. Cosa sono e come si ottengono i "certificati bianchi" alla luce della nuova delibera EEN 9/11*, Guida operativa 2.

damento delle compravendite dei titoli anche tenendo in debita considerazione le norme relative alla trasparenza e alla correttezza delle suddette transazioni.

Quanto al sistema di accreditamento, «il valore particolare dell'accREDITAMENTO sta nel fatto che esso fornisce un'attestazione dotata di autorità della competenza tecnica degli organismi cui spetta assicurare conformità alle norme applicabili»³³. In via generale, sulla base delle disposizioni europee, per accREDITAMENTO s'intende quell'attività esercitata da organismi nazionali, funzionale a certificare che «un determinato organismo di valutazione della conformità, soddisfa i criteri stabiliti da norme armonizzate e, ove appropriato, ogni altro requisito supplementare, compresi quelli definiti nei rilevanti programmi settoriali, per svolgere una specifica attività di valutazione della conformità».

In questo quadro, i sistemi di accREDITAMENTO valutano il livello qualitativo dell'attività di un organismo (di certificazione e di ispezione) o di un laboratorio (di prova e di taratura) esaminando la conformità dei relativi sistemi di gestione e delle relative competenze tecniche ai requisiti normativi nazionali ed europei, garantendo, dunque, in via indiretta, la conformità dei prodotti a standard tecnici di sicurezza, salute e sostenibilità ambientale oggetto di certificazione.

Nell'ambito del mercato nazionale e con specifico riferimento al settore dell'efficientamento energetico questa attività è svolta dall'Ente nazionale di accREDITAMENTO (Accredia) che, ai sensi dell'art. 12 del D.lgs. n. 102/2014 «sottopone al Ministero dello sviluppo economico e al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per l'approvazione gli schemi di certificazione e accREDITAMENTO per la conformità alle norme tecniche in materia di ESCO, esperti in gestione dell'energia, sistemi di gestione dell'energia, diagnosi energetiche e alle disposizioni del presente decreto».

Trattasi, dunque, di un'attività di regolazione economica che, attraverso la qualificazione degli operatori di certificazione, garantisce la sicurezza, l'affidabilità e la sostenibilità ambientale dei prodotti che circolano sul mercato. In questo senso, l'Unione europea ha espressamente statuito che l'attività di un organismo nazionale di accREDITAMENTO è incompatibile con una logica imprenditoriale di carattere lucrativo³⁴ e, pertanto, il suo svolgimento non può essere realizza-

³³ Considerando n. 9 del Regolamento CE n. 765/2008. Il Regolamento in parola ai sensi dell'art. 1 stabilisce «norme riguardanti l'organizzazione e il funzionamento dell'accREDITAMENTO degli organismi di valutazione della conformità nello svolgimento di attività di valutazione della conformità», e «fornisce un quadro per la vigilanza del mercato dei prodotti per garantire che essi soddisfino requisiti che offrano un grado elevato di protezione di interessi pubblici, come la salute e la sicurezza in generale, la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro, la protezione dei consumatori, la protezione dell'ambiente e la sicurezza pubblica».

³⁴ Cons. n. 8 del Regolamento CE 765/2008: «Ai fini del presente regolamento, l'attività a carattere non lucrativo di un organismo nazionale di accREDITAMENTO dovrebbe essere intesa come attività non volta ad aggiungere profitti alle risorse dei proprietari o dei membri dell'organismo. Sebbene gli organismi nazionali di accREDITAMENTO non abbiano l'obiettivo di massimizzare o distribuire profitti, essi possono fornire servizi in cambio di un pagamento o percepire un reddito. Qualsiasi guadagno risultante da tali servizi può essere utilizzato per

to in regime concorrenziale: «gli Stati membri non dovrebbero mantenere più di un organismo nazionale di accreditamento e dovrebbero garantire che tale organismo sia organizzato in modo da salvaguardare l'obiettività e l'imparzialità delle sue attività. Tali organismi nazionali di accreditamento dovrebbero operare indipendentemente da attività commerciali di valutazione della conformità»³⁵.

Un meccanismo così costruito è garanzia d'imparzialità, indipendenza e correttezza delle valutazioni di conformità operate sui soggetti certificatori, garantendo l'assenza di conflitti d'interesse nello svolgimento dell'attività di accreditamento, nonché un supporto tecnico indispensabile ad attestare l'affidabilità degli organismi e dei laboratori di certificazione. Più precisamente, il servizio di accreditamento è articolato come un meccanismo complesso che, oltre ad una valutazione di carattere specialistico, è funzionale sia alla promozione qualitativa dell'offerta di certificazione, sia all'accrescimento della domanda da parte dei clienti finali. La garanzia dell'affidabilità dei soggetti certificatori incrementa la fiducia nel mercato dei prodotti energetici, aumentando in termini quantitativi la domanda di certificazione.

Se dal lato dell'offerta il sistema di accreditamento garantisce alle imprese una maggiore competitività sul mercato – giacché il possesso di una valutazione di conformità accreditata ne rafforza la credibilità di fronte ai *competitors* – dal lato della domanda, tale sistema consente ai consumatori finali di rivolgersi ad operatori affidabili e alla scelta di un prodotto sicuro e attendibile sul mercato. Per le amministrazioni e le istituzioni pubbliche, il meccanismo di accreditamento rappresenta uno strumento di regolazione e di vigilanza del mercato dei prodotti energetici. Permette il costante adattamento degli operatori agli *standard* tecnici nazionali ed europei e garantisce, attraverso l'istituzione di un soggetto indipendente e terzo rispetto agli interessi delle parti in gioco, un costante controllo sulla sicurezza e la compatibilità ambientale sia degli operatori che dei prodotti energetici.

investi – menti volti a sviluppare ulteriormente le loro attività, nella misura in cui ciò corrisponda alle loro principali attività. Si dovrebbe conseguentemente sottolineare che l'obiettivo primario degli organismi nazionali di accreditamento dovrebbe essere il sostegno o l'attivo impegno in attività senza fini di profitto».

³⁵ Cons. n. 15 del Regolamento CE 765/2008: «È dunque opportuno prevedere che gli Stati membri si assicurino che gli organismi nazionali di accreditamento siano considerati, nello svolgimento dei loro compiti, esercitare l'autorità pubblica, indipendentemente dal loro status giuridico». Peraltro, ai sensi del successivo considerando, «la concorrenza tra organismi nazionali di accreditamento potrebbe determinare la commercializzazione della loro attività, che è incompatibile con il loro ruolo di livello finale di controllo nella catena di valutazione della conformità. L'obiettivo del presente regolamento è di garantire che, all'interno dell'Unione europea, un certificato di accreditamento sia sufficiente per l'intero territorio dell'Unione e di evitare accreditamenti multipli, che costituiscono un costo aggiuntivo senza valore aggiunto. Gli organismi nazionali di accreditamento possono trovarsi in concorrenza sui mercati dei paesi terzi, ma ciò non deve avere effetti sulle loro attività all'interno della Comunità o sulle attività di cooperazione e di valutazione *inter pares* organizzate dall'organismo riconosciuto ai sensi del presente regolamento».

Per quanto concerne il funzionamento di questo sistema nell'ambito del mercato nazionale, Accredia, di concerto con il Comitato tecnico Italiano (CTI) è tenuta alla definizione dei requisiti e dei parametri di accreditamento degli organismi di certificazione in conformità alle norme tecniche approvate dal Ministero dello Sviluppo economico e dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con specifico Decreto direttoriale. Ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. 102/2014, infatti, le diagnosi energetiche possono essere eseguite da soggetti certificati da Accredia in base alle norme UNI CEI 11352 (ESCO), UNI CEI 11339 (Esperti in Gestione dell'Energia), UNI CEI EN 16247-5 (Auditor Energetico).

Più precisamente, nell'ottica di favorire la diffusione delle diagnosi energetiche fruibili da tutti i clienti finali, UNI-CEI in collaborazione con l'ENEA e Comitato tecnico italiano (CTI) elaborano standard sia per la certificazione obbligatorie che per quella volontaria degli auditor energetici nell'ambito dei settori residenziale, industriale, terziario e trasportistico e degli installatori di elementi edilizi connessi al miglioramento della prestazione energetica degli edifici.

Per quanto concerne le tipologie di certificazione occorre distinguere le seguenti categorie di operatori. La norma UNI CEI 11352:2014 "*Gestione dell'energia - Società che forniscono servizi energetici (ESCo) - Requisiti generali, liste di controllo per la verifica dei requisiti dell'organizzazione e dei contenuti dell'offerta di servizio*" descrive la capacità organizzativa, diagnostica, progettuale, gestionale economica e finanziaria che una società Esco deve possedere per poter operare nel settore dell'efficientamento energetico.

In secondo luogo, con la norma UNI CEI 11339:2009 "*Gestione dell'energia - Esperti in gestione dell'energia (EGE) - Requisiti generali per la qualificazione*", vengono definiti i compiti le competenze e le modalità valutative che un soggetto deve possedere per essere qualificato in termini di Esperto in Gestione dell'Energia (EGE). Tale norma detta, infatti, i principi guida affinché l'attività di gestione dell'energia si realizzi secondo criteri di razionalità ed efficienza, definendo i livelli di competenza ed esperienza necessari. L'EGE, dovrà dimostrare in sede di accreditamento, non solo la conoscenza delle tecnologie applicabili in campo energetico ed ambientale, ma anche competenze di carattere gestionale, ed economico-finanziarie necessarie a garantire rispetto degli standard normativi nazionali ed internazionali. Inoltre, hanno accesso ai sistemi di accreditamento i c.d. *Auditor Energetici*(AE): sul punto, l'art. 12 del d.lgs. 102/2014 prevede «la certificazione volontaria degli auditor energetici nei settori dell'industria, del terziario e dei trasporti e degli installatori di elementi edilizi connessi al miglioramento della prestazione energetica degli edifici» a seguito dell'elaborazione di norme tecniche da parte di UNI-CEI in collaborazione con CTI ed ENEA.

Infine, i Sistemi di Gestione dell'Energia (SGE) sono certificati in conformità alla norma UNI CEI EN ISO 50001:2011 "*Sistemi di gestione dell'energia - Requi-*

siti e linee guida per l'uso". Il Sistema di Gestione dell'Energia è competente ad elaborare strategie aziendali volte a migliorare le performance energetiche, attraverso una prospettazione futura dei margini di miglioramento delle prestazioni energetiche future controllate per il tramite di appositi piani di monitoraggio.

Le analisi diagnostiche svolte sui soggetti obbligati, devono essere trasmesse ad Enea, la quale, attraverso la predisposizione di un'apposita banca dati, controlla e vigila sul rispetto delle norme e degli standard tecnici da parte dei soggetti certificatori³⁶. La previsione di un sistema di accreditamento garantisce che le analisi diagnostiche siano realizzate secondo parametri tecnici e standard regolamentari uniformi, incentivando la realizzazione di un mercato concorrenziale sostenibile e "informato".

4. *I certificati per la produzione di biocarburanti*

Tra le diverse modalità di incentivazione della produzione di biometano, di biometano avanzato e di altri biocarburanti avanzati, nonché della loro immissione nella rete del gas naturale ai fini dell'utilizzo del settore dei trasporti, sono da annoverare i certificati di immissione in consumo (da ora "CIC"). Questi rappresentano una modalità di incentivo alla produzione e all'immissione in consumo di biocarburanti – tra cui anche il biometano – introdotta per la prima volta dal decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 5 dicembre 2013³⁷ (emanato in attuazione del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28³⁸) e recentemente riformata dal decreto del 2 marzo 2018 (da ora "Decreto" o "D.M. 2018"), adottato dal Ministero dello sviluppo economico di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali, che ne ha precisato i soggetti interessati, i presupposti, le finalità e le modalità di emissione. D'altra parte, in un mondo in cui il consumo di risorse è sempre più insostenibile, l'economia circolare rappresenta un investimento strategico³⁹.

³⁶ Sul punto cfr. ENEA, *Rapporto annuale efficienza energetica*, 2015.

³⁷ Recante «*Modalità di incentivazione del biometano immesso nella rete del gas naturale*».

³⁸ Recante «*Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE*».

³⁹ Il materiale agricolo, gli scarti alimentari, i materiali derivanti dallo smaltimento delle acque reflue, i rifiuti organici in genere possono offrire un'importante opportunità di sviluppo. A valle di un processo di raffinazione e purificazione, da essi può essere ricavato un gas in grado di essere trasformato in biocombustibile utilizzabile per i veicoli a motore. Immeso nella rete di distribuzione nazionale, il biometano quale fonte rinnovabile contribuisce alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, consente la sostenibilità ambientale e rappresenta una considerevole occasione di sviluppo per l'economia locale. Da quasi un decennio l'Unione europea sostiene il ricorso alle fonti rinnovabili. Già a partire dalla direttiva n. 28 del 2009 l'ordinamento sovranazionale ha promosso l'impiego dell'energia sostenibile. All'interno della strategia 2020 ciò si è tradotto nell'impegno per

Sebbene il meccanismo di rilascio dei CIC, così come da ultimo riformulato, costituisca il cardine di tutte le formule di incentivo, la sua disciplina applicativa presenta marcate differenze a seconda che l'incentivazione da perseguire concerna l'immissione nella rete del gas naturale con destinazione specifica nei trasporti di biometano (art. 5 del Decreto) o di biometano avanzato (art. 6 del Decreto). Il rilascio dei CIC è amministrato dal GSE, in qualità di organo di cui il Ministero dello Sviluppo Economico, sin dal 2013, si avvale per la gestione del sistema di obbligo di immissione in consumo dei biocarburanti.

I CIC sono certificati che attestano l'immissione in consumo nel settore dei trasporti di biocarburanti sostenibili, compreso il biometano, ai fini dell'adempimento dell'obbligo di cui al decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 2⁴⁰, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 2006, n. 81 e s.m.i.⁴¹. Ai sensi di tale normativa, è previsto che i soggetti che immettono in consumo benzina e gasolio, prodotti a partire da fonti primarie non rinnovabili e destinati ad essere impiegati per auto-trazione (da ora "Soggetti obbligati"), hanno l'obbligo di immettere in consumo nel territorio nazionale una quota minima di biocarburanti – tra cui il biometano – e di altri carburanti rinnovabili, nonché di combustibili sintetici purché esclusivamente ricavati dalle biomasse (da ora anche "Obbligo"). Tuttavia, è altresì previsto che i medesimi soggetti possano assolvere al predetto Obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri soggetti⁴².

In sostanza, il meccanismo dei CIC consente di svincolare il rispetto dell'Obbligo dalla materiale miscelazione del biocarburante, traducendolo nel conseguimento di un numero di certificati tale da coprire l'onere dello specifico Soggetto obbligato. Il Soggetto obbligato che non abbia fisicamente miscelato e immesso in consumo il biocarburante potrà ugualmente assolvere al proprio Obbligo acquistando i CIC dai soggetti produttori di biometano che ne posse-

ogni Stato di rispettare lo standard del dieci per cento del consumo di energia per autotrazione mediante biocarburanti osservanti specifici criteri di sostenibilità, a fronte della quota complessiva di energia impiegata per tale finalità. Il biometano, in questo quadro, contribuisce alla "de-carbonizzazione" del settore dei trasporti. Anzi, rispetto alle fonti rinnovabili elettriche, risulta essere maggiormente competitivo, giacché per la sua distribuzione può essere utilmente impiegata la rete infrastrutturale già esistente e a disposizione degli utenti. Sul tema, si rinvia a *La regolazione dei biocarburanti e del biometano*, a cura di A. Cancrini e M. Macchia, Roma, 2019, 15 ss. Sull'economia circolare, F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss., e Commissione Europea, *Report on the implementation of the Circular Economy Action Plan*, 4 marzo 2019.

⁴⁰ Recante «*Interventi urgenti per i settori dell'agricoltura, dell'agroindustria, della pesca, nonché in materia di fiscalità d'impresa*».

⁴¹ Si veda il paragrafo 11.8 delle Procedure applicative al DM 2 marzo 2018.

⁴² Cfr. art. 2-*quater*, comma 1, del decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 2, così come modificato dal comma 8-ter dell'art. 3, D.L. 3 giugno 2008, n. 97.

gano in eccesso per aver immesso più biocarburante rispetto alla propria quota minima obbligatoria (da ora “Produttori”)⁴³.

L’entità di tale quota minima è stata definita dall’art. 1, comma 15, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9, ove si stabilisce che la stessa viene determinata in una quota percentuale di tutto il carburante – benzina e gasolio – immesso in consumo nello stesso anno solare, calcolata sulla base del tenore energetico⁴⁴.

I CIC costituiscono, fondamentalmente, lo strumento attraverso il quale il GSE può monitorare l’operato dei Soggetti obbligati, che potranno decidere di adempiere autonomamente all’obbligo tramite immissione diretta in consumo della quota minima o tramite acquisto della stessa o dei relativi certificati dai Produttori⁴⁵. Ciò posto, in attuazione di quanto previsto dall’art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 28/2011, è stato emanato il menzionato decreto del Ministero dello sviluppo economico del 5 dicembre 2013, il cui art. 4, rubricato “*Biometano utilizzato nei trasporti previa immissione nella rete del gas naturale*”, prevede che il biometano immesso dal soggetto produttore nella rete del gas naturale ed utilizzato per i trasporti sia *incentivato* tramite il rilascio, al soggetto che lo immette in consumo nei trasporti ai fini dell’assolvimento dell’Obbligo, per un periodo di venti anni decorrenti dalla data di entrata in esercizio, di certificati di immissione in consumo di biocarburanti (comma 1). Quanto alle modalità applicative, è pre-

⁴³ Cfr. il par. 1.2.3 delle Procedure applicative del DM 2 marzo 2018, rubricato «*Il sistema d’obbligo di immissione in consumo di biocarburanti*».

⁴⁴ In attuazione di tale norma, peraltro, è stato emanato il decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 10 ottobre 2014, con il quale sono state aggiornate le condizioni, i criteri e le modalità di attuazione dell’obbligo di immissione in consumo di biocarburanti di cui al predetto d.l. n. 2/2006, meglio precisate le modalità di determinazione della predetta quota minima e specificata la ripartizione della stessa in quote differenziate tra le diverse tipologie di biocarburanti, tra cui il biometano, compresi quelli avanzati.

⁴⁵ Con specifico riferimento al biometano, l’impostazione delineata nel precedente paragrafo è stata ribadita dall’art. 21, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 28/2011 – a sua volta richiamato nei considerando del D.M. 2018 –, con il quale il legislatore ha stabilito che i CIC costituiscono la specifica modalità di incentivazione del biometano nel caso in cui lo stesso «sia immesso in rete e, nel rispetto delle regole per il trasporto e lo stoccaggio, usato per i trasporti».

Quanto all’entità di tale incentivazione, il comma 2 del medesimo art. 21 ha previsto che le modalità di valorizzazione tramite CIC del biometano immesso in consumo sarebbero state chiarite da un decreto del Ministro dello sviluppo economico, da adottare, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, entro 120 giorni dall’entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 28/2011, fatto salvo, in ogni caso, quanto previsto dall’art. 33, comma 5, dello stesso testo normativo, nel quale viene delineato il meccanismo del c.d. *double-counting*, riproposto dal DM 2018 quale modalità di valorizzazione del biometano avanzato. Nel dettaglio, il *double-counting* prevede una maggiorazione nella valorizzazione tramite CIC del biometano immesso in rete e destinato ai trasporti in favore del soggetto che, ai fini del rispetto dell’Obbligo, immetta in consumo biocarburanti – compreso il biometano – che siano stati prodotti a partire dalle particolari materie prime di cui alle parti A e B dell’Allegato 3 del d.m. 10 ottobre 2014 e s.m.i. – quali rifiuti e sottoprodotti anche di materie di origine non alimentare, ivi incluse quelle cellulosiche, ligno-cellulosiche ed alghe –; in tal caso, la quantità immessa in consumo di tali biocarburanti verrà considerata equivalente, ai fini del rilascio dei CIC, al doppio della quantità immessa in consumo di altri biocarburanti.

visto che, ai fini del rilascio di tali certificati, il soggetto produttore debba sottoscrivere un contratto bilaterale di fornitura del biometano con il soggetto che lo immette in consumo ai fini dell'assolvimento dell'Obbligo. In tale contratto, da inviarsi in copia al GSE affinché questi possa disporre i relativi controlli, viene definita la quota parte dell'incentivo da riconoscere al soggetto produttore.

In sintesi, dunque, l'assetto normativo del d.m. 5 dicembre 2013 prevede che il rilascio dei CIC sia effettuato in favore dei soggetti che immettono in consumo il biometano ai fini del rispetto dell'Obbligo: una quota parte del valore di tali CIC sarà destinata al Produttore. Allo stesso modo, l'art. 6 del d.m. 10 ottobre 2014, rubricato "*Emissione dei certificati di immissione in consumo*", dispone che il GSE, entro il 31 marzo di ogni anno, rilascia i CIC ai soggetti obbligati, che siano in regola con i versamenti dei corrispettivi dovuti al GSE e che abbiano immesso in consumo biocarburanti (comma 1)⁴⁶. Dei CIC rilasciati dal GSE i Soggetti obbligati (e, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 11, comma 1, lett. k] del DM 2018, anche i Produttori) possono disporre entro e non oltre il 30 settembre dell'anno successivo a quello di emissione; dopo tale data, pertanto, eventuali certificati non utilizzati per l'assolvimento dell'Obbligo scadono e vengono annullati dal sistema (comma 4).

Tale è la disciplina dettata dal d.lgs. n. 28/2011 e dai decreti ministeriali 5 dicembre 2013 e 10 ottobre 2014. Nonostante il quadro normativo apparentemente esaustivo appena tratteggiato, nella pratica le previsioni di tali decreti ministeriali non hanno condotto a significative realizzazioni di impianti di produzione di biometano, ciò comportando – come riconosciuto nei considerando del d.m. 2018 – un persistente ritardo dell'Italia nel raggiungimento del target di fonti rinnovabili nel settore dei trasporti. È dunque per tale ragione, considerando gli obiettivi minimi, richiesti dall'Unione Europea al 2020, in materia di fonti rinnovabili nel settore dei trasporti, che il Ministero dello Sviluppo Economico ha ritenuto opportuno emanare il d.m. 2018 a integrazione di quanto già previsto dai predetti decreti ministeriali.

L'assetto delineato dal D.M. 2018 quanto all'incentivazione del biometano è incentrato principalmente su due tipi di meccanismi: *a) Incentivazione del biometano immesso nella rete del gas naturale con destinazione specifica nei trasporti (art. 5)*, con riferimento al quale è previsto che il GSE rilasci CIC in favore del Produttore di biometano che lo immette nella rete del gas naturale con destinazione al settore dei trasporti; *b) Incentivazione del biometano avanzato immesso nella rete del gas naturale e destinato ai trasporti (art. 6)*, ai sensi del quale il GSE: *(i)* su richiesta del

⁴⁶ Ad un CIC ha diritto il soggetto che immetta in consumo 10 Gcal di biocarburanti oppure, nei casi di cui all'art. 33, comma 5, del d.lgs. n. 28/2011, solo 5 Gcal. È previsto che il numero dei certificati rilasciato sia differenziato a seconda della tipologia di biocarburante immesso in consumo (comma 2).

Produttore ritira il biometano avanzato al prezzo definito dal Decreto;*(ii)* riconosce al Produttore il valore dei corrispondenti CIC, comprensivi di eventuali maggiorazioni spettanti ai sensi dell'art. 33, comma 5, del d.lgs. n. 28/2011.

Ciò posto, si procederà ora a descrivere la disciplina dei CIC contenuta nel predetto D.M. 2018 e nelle Procedure applicative del medesimo Decreto (da ora "Procedure"), emanate, ai sensi dell'art. 10, comma 2, del DM 2018, dal Comitato tecnico consultivo biocarburanti, cui partecipa anche il GSE.

Anzitutto, le Procedure confermano quanto già disposto dal richiamato art. 6 del d.m. 10 ottobre 2014 sulla quantità di biometano immesso in consumo attestata da ogni singolo CIC (10 GCal di biocarburante non avanzato, compreso il biometano e 5 GCal di biocarburante avanzato, compreso il biometano).

Le medesime Procedure specificano, inoltre, che l'Obbligo di immissione in consumo – calcolato, si rammenta, in quota percentuale rispetto al totale della benzina e del gasolio immessi in consumo annualmente dai Soggetti obbligati – ricomprende al suo interno una quota parte da assolversi tramite l'immissione in consumo di biocarburante e, a partire dal 2018, una quota da adempiersi mediante l'immissione di biocarburante avanzato. In aggiunta, al paragrafo 1.2.3 delle medesime Procedure si precisa che la quota d'obbligo – denominata di obbligo "avanzato" – deve essere assolta per il 75% attraverso l'immissione in consumo di biometano avanzato e per il restante 25% attraverso altri biocarburanti avanzati.

Pertanto, al fine di monitorare l'assolvimento dei diversi obblighi di immissione in consumo per ogni anno di competenza, i CIC sono differenziati per tipologia e anno di riferimento. L'anno di riferimento per l'emissione dei CIC corrisponde a quello successivo all'immissione in consumo nei trasporti del biocarburante da incentivare, mentre le possibili tipologie di tali certificati sono le seguenti⁴⁷: *(i)* CIC "ordinari", rilasciati per l'immissione in consumo di biocarburanti, compreso il biometano, e utilizzabili dai Soggetti obbligati ai soli fini dell'assolvimento del relativo Obbligo non avanzato;*(ii)* CIC "biometano avanzato", emessi per l'immissione in consumo di biometano prodotto a partire dalle materie prime riportate nella parte A dell'Allegato 1, parte 2-bis del d.lgs. n. 28/2011. Tali CIC sono utilizzabili dai Soggetti obbligati prioritariamente ai fini dell'assolvimento dell'obbligo relativo al biometano avanzato, mentre eventuali eccedenze possono essere adoperate per l'assolvimento dell'obbligo non avanzato;*(iii)* CIC "altri biocarburanti avanzati", emessi per l'immissione in consumo di biocarburanti avanzati, il cui utilizzo da parte dei Soggetti obbligati è analogo a quello previsto dal punto precedente.

Da ultimo, una notazione va effettuata circa le modalità di scambio dei CIC tra gli operatori. Invero, già il d.m. 10 ottobre 2014 prevedeva, all' art. 6, comma

⁴⁷ Si veda, sul punto, il paragrafo 1.2.3 delle Procedure.

5, che i CIC siano commerciabili e possano essere scambiati tra gli operatori nel corso di tutto l'anno, fatta eccezione per il periodo dal 1° al 31 di ottobre (dedicato alla verifica dell'assolvimento dell'Obbligo da parte del GSE), previa registrazione sul portale informatico del Gestore (indicando quantità, tipologia e anno di emissione dei certificati stessi), a pena di nullità dello scambio. Sul punto, il DM 2018 è intervenuto in diverse maniere.

Dapprima, a integrazione alla norma appena richiamata, si è previsto che, tra le informazioni da indicare sul portale del GSE, debba essere ricompreso anche il prezzo di scambio dei CIC (art. 11, comma 1, lett. l], del Decreto⁴⁸).

In secondo luogo, all'art. 8, comma 1, del medesimo d.m. 10 ottobre 2014 – che descrive le modalità di monitoraggio del GSE sulle attività poste in essere dai Soggetti obbligati nell'assolvimento dell'Obbligo, tramite la pubblicazione periodica di un bollettino contenente dati aggregati relativi alle dette attività – è stata aggiunta una lett. g), ai sensi della quale le informazioni pubblicate dal GSE con cadenza annuale dovranno ricomprendere anche l'andamento “*del mercato dei titoli di immissione in consumo relativi ai biocarburanti ivi incluso il biometano che rechi, tra l'altro, le informazioni dei volumi e dei prezzi di scambio dei predetti titoli*”.

In altre parole, pare potersi evincere che le modalità ed i prezzi di scambio dei CIC siano lasciati alla libera contrattazione tra le parti, senza alcun intervento esterno da parte del GSE, che si limita a rendere pubbliche tali informazioni. In ogni caso, la sede di scambio dei CIC – deputata alla contrattazione tra gli operatori – è stata individuata dal DM 2018⁴⁹ nel mercato organizzato e regolato dal Gestore dei Mercati Energetici (GME), ai sensi art. 5 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79⁵⁰.

5. *Le caratteristiche comuni*

I sistemi di certificazione invertono i tradizionali rapporti tra amministrazione e privati. Non è la prima ad obbligare i secondi a tenere una determinata condotta, sulla base di una decisione unilaterale dell'autorità. Bensì sono i secondi che, su base volontaria, aderiscono ad un sistema approntato dall'organo pubblico, sulla scorta del vantaggio che l'impresa potrebbe ottenere da un comportamento virtuoso dal punto di vista ambientale, ben maggiore del costo che tali comportamenti presuppongono.

⁴⁸ Recante «*Modifiche e integrazioni al decreto ministeriale 10 ottobre 2014*».

⁴⁹ Sul punto, si veda il nuovo comma 5-bis, aggiunto all'art. 6 del d.m. 10 ottobre 2014 dall'art. 11, comma 1, lett. r), del DM 2018.

⁵⁰ Recante «*Sviluppo, internazionalizzazione delle imprese e energia*».

Mentre nei certificati *correttivi* l'impresa si troverà in grado di offrire un prodotto che incontra i favori del pubblico nel momento in cui una platea sempre più ampia di consumatori è sensibile alle tematiche ambientali⁵¹. Può in questo modo «conseguire un vantaggio competitivo in termini di immagine rispetto ad altre imprese» e può «promuovere il coinvolgimento attivo dei dipendenti con effetti positivi anche in termini di motivazione»⁵². Il beneficio ottenuto dal maggior numero di aziende è rappresentato dal miglioramento delle relazioni esterne, soprattutto nei paesi in cui la pubblica opinione dà molta importanza alla tutela dell'ambiente. Vi è, di conseguenza, consapevolezza sul valore di un sistema di gestione ambientale certificato e si premiano le imprese che fanno tale scelta. Da un angolo visuale privatistico le certificazioni di qualità ambientale sembrano poter essere inquadrate nella categoria dei marchi collettivi⁵³. Si tratta di casi di mercato attraverso lo Stato, poiché la dimostrazione del possesso di una determinata qualità, nonché la sostenibilità ambientale del prodotto, assurgono a fattori in grado di incidere notevolmente sul posizionamento competitivo delle imprese.

In quelli *artificiali*, invece, l'impresa ottiene un beneficio economico tramite il riconoscimento di un titolo immateriale. Si tenta per questa via una sia pur complessa e, per certi aspetti, instabile integrazione tra logiche di mercato e logiche autoritative, tra obiettivi di efficienza allocativa ed obiettivi di carattere sociale tramite l'offerta di «fattori competitivi» per il mercato.

Alla luce di quanto evidenziato nei paragrafi precedenti appare possibile ricavare una sostanziale identità di fondo tra i sistemi di incentivazione artificiali. In tutti i casi, tali tipologie di certificati attestano l'assolvimento, da parte dei soggetti onerati, di obblighi sottesi connessi alla tutela dell'ambiente (immissione in consumo di biocarburanti, produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e realizzazione di interventi di efficienza energetica).

I certificati sono titoli negoziabili tra gli operatori interessati e sono, pertanto, ascrivibili alla categoria degli strumenti di mercato utilizzati per la tutela dell'ambiente. In tutti i casi la contrattazione dei certificati tra gli operatori avvie-

⁵¹ Scelte di tipo imprenditoriale che tengano conto di tale fenomeno sociale sono definite politiche di “competitività non di prezzo”, intese quali investimenti volti ad acquisire fette di mercato non tramite la riduzione dei prezzi, bensì attraendo quella fascia di consumatori portati ad attribuire valore alle esigenze sociali ed ambientali della collettività, tanto da essere disposti a pagare di più un prodotto che rispetti tali esigenze e che sia parimenti efficiente. Sulle dinamiche competitive, E. Gerelli, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in *Riv. dir. fn.*, 2002, 707 ss.

⁵² M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., 222.

⁵³ Sono quei marchi, non appartenenti ad una singola impresa, bensì ad un organismo cui aderiscono più imprese, destinati a garantire una particolare natura, origine o qualità dei beni prodotti. Mentre tuttavia, in linea generale, l'utilizzo di un marchio collettivo non è aperto a tutti i soggetti interessati, bensì solo a coloro ai quali l'organismo titolare del marchio intende concederlo, in caso di certificazione di qualità ambientale tutte le imprese che siano in grado di mettere in commercio beni rispondenti agli standard richiesti vantano un diritto soggettivo al rilascio dell'attestato.

ne nell'ambito di mercato gestito da società a partecipazione pubblica con una particolare *expertise* in questi settori economici.

Sotto il profilo soggettivo, in seguito all'abrogazione della novella legislativa del 2009 che aveva mutato il novero dei soggetti onerati dall'ottenimento dei certificati verdi, nonché all'intervento del DM 2018 – il quale, si rammenta, ha introdotto la possibilità di rilasciare CIC anche ai Produttori –, il sistema dei CIC e dei certificati verdi appare del tutto analogo, in quanto i certificati sono assegnabili sia ai produttori (di biocarburanti o di energia elettrica da fonti rinnovabili) che ai soggetti obbligati (soggetti che immettono in consumo carburanti "tradizionali" o energia elettrica da fonti fossili). Da queste tipologie di certificati diverge invece il sistema dei certificati bianchi, il cui obbligo grava sui grandi distributori di gas ed energia elettrica.

Nel perseguire obiettivi di tutela dell'ambiente, il regolatore pubblico crea dei beni giuridici nuovi sotto forma di titoli astratti (privi finanche di un supporto cartaceo) che incorporano la facoltà di attestare nei confronti di un'autorità pubblica l'assolvimento di un obbligo legislativo avente per oggetto il contenimento delle emissioni entro un tetto prestabilito, l'immissione nella rete di un quantitativo minimo di energia verde, la messa in opera di un quantitativo minimo di misure e di interventi di efficienza energetica.

Si tratta di beni giuridici che hanno un valore economico poiché l'obbligo di legge al quale sono assoggettati taluni operatori (i titolari di impianti inquinanti, gli operatori elettrici, i concessionari distributori di energia elettrica e gas) garantisce, dal lato della domanda, che si tratta di beni appetibili a una platea più o meno estesa di potenziali acquirenti. L'onere economico costituisce un costo aggiuntivo che può essere anche trasferito sui consumatori finali come componente del prezzo o della tariffa amministrata. Trattandosi di regimi nazionali di sostegno rispetto a politiche ambientali sostenibili devono essere connotati dai necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica per sostenere gli investimenti e creare certezza per gli investitori⁵⁴. Difatti, ai sensi dell'art. 10 della Carta europea dell'energia, ogni parte contraente «incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori [...] gli investimenti godono inoltre di

⁵⁴ Tar Lazio, sez. III *ter*, ord. 27 marzo 2019, n. 4054, sottolinea come «la direttiva 2009/28/CE, nel porre la disciplina per la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, impone agli Stati membri l'obbligo di adottare misure efficaci al fine del raggiungimento della propria quota di energia da fonti rinnovabili (art. 3, par. 2) e, tra dette misure, indica in particolare i regimi di sostegno (art. 3, par. 3, lett. a). La direttiva nel sostenere il ruolo dei regimi nazionali di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, ne sottolinea anche i necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica. Essa riconosce infatti la necessità di «creare la stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno per effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili» (considerando n. 8), stabilendo inoltre che «la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori è creare certezza per gli investitori» (considerando n. 14) e che «uno strumento importante per raggiungere l'obiettivo fissato dalla presente direttiva consiste nel garantire il corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali... al fine di mantenere la fiducia degli investitori (considerando n. 25)».

una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi».

Tali certificati sono emanati dal GSE, ossia una società a totale partecipazione pubblica. Essi configurano provvedimenti dichiarativi di certezza. Sono provvedimenti caratterizzati dalla particolare funzione di attestare – sulla base di valutazioni di tipo obiettivo e non discrezionale – un determinato fatto, non nell'interesse dell'amministrazione, bensì di altri soggetti dell'ordinamento, ovviando, nel caso di specie, alle inefficienze derivanti dal *deficit* informativo che si crea tra produttore e consumatore. È stato, tuttavia, attentamente osservato come la fiducia del cittadino sia riposta nella istituzione certificatrice non in quanto pubblica o garantita da un soggetto pubblico, bensì in quanto portatrice di un "sapere specializzato", con la conseguenza che il ruolo dello Stato nella garanzia della fiducia si trasforma e si frammenta, potendo estrinsecarsi nella diretta garanzia della fiducia o, più frequentemente, nella regolazione del corretto funzionamento dei meccanismi di garanzia della fiducia.

Il sistema si presenta funzionale in quanto la credibilità dei soggetti certificatori, o degli organismi che ne effettuano l'accreditamento, trae la propria legittimazione da forme di partecipazione ad accordi internazionali di mutuo riconoscimento, in un contesto fondato non più sull'autorevolezza di colui che certifica, bensì sulla sua capacità tecnica di verificare il rispetto dei criteri qualitativi prefissati.

Il controllo degli aiuti di Stato nel settore della tutela ambientale serve essenzialmente ad assicurare che gli aiuti indiretti – come i certificati – favoriscano un livello di protezione dell'ambiente superiore a quello che sarebbe possibile ottenere senza di essi e a garantire che gli effetti positivi siano superiori agli effetti negativi sotto il profilo della distorsione della concorrenza.

L'amministrazione competente a regolare eventuali conflitti tra ambiente e concorrenza è la Commissione. È quest'ultima che fissa le condizioni alle quali gli aiuti possono essere concessi alle imprese, pur mirando a mantenere il buon funzionamento del mercato. In particolare, sono compatibili quegli aiuti di Stato idonei a generare un livello di riduzione dell'utilizzo di materie prime e di protezione ambientale che il sistema produttivo, da solo, non sarebbe in grado di realizzare. Gli effetti positivi devono insomma compensare gli effetti negativi a livello di distorsione della concorrenza.

Le fonti europee che disciplinano gli aiuti di Stato per la tutela ambientale sono due. La prima è la disciplina sovranazionale degli aiuti di Stato per la tutela ambientale⁵⁵, ai sensi della quale la compatibilità dell'aiuto è legata al suo con-

⁵⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale CE (C82) del 1 aprile 2008. Questa disciplina sostituisce la precedente normativa degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente del 3 febbraio 2001. Quanto all'ambito di

creto effetto incentivante ed alla sua proporzionalità, nel senso che esso deve essere effettivamente in grado di garantire risultati positivi in termini di protezione ambientale, non ottenibili senza di esso o con un aiuto di entità inferiore⁵⁶. La revisione delle regole della disciplina degli aiuti di Stato per la tutela ambientale segue gli orientamenti definiti nel piano d'azione per gli aiuti di Stato.

La seconda fonte, invece, è il Regolamento della Commissione n. 800 del 6 agosto 2008, con il quale si dichiarano determinate categorie di aiuto in automatico compatibili con il mercato comune⁵⁷. In base a quest'ultimo atto normativo, le sovvenzioni alle imprese possono essere sottratte al regime europeo degli aiuti solo se consentono al beneficiario di incrementare il livello di tutela ambientale risultante dalle sue attività, al di là delle soglie fissate da norme dell'Unione, o in assenza di queste, e comunque indipendentemente dall'esistenza di una normativa nazionale obbligatoria più rigorosa. Detto atto rientra tra i regolamenti generali di esenzione per categoria.

Le misure che la Commissione ha individuato come compatibili *ex se* con il mercato interno sono: a) aiuti alle imprese per elevare il livello di tutela ambientale oltre le soglie fissate da norme dell'Unione o in assenza di norme europee; b) aiuti per l'acquisto di nuovi mezzi di trasporto intesi ad elevare il livello di tutela ambientale oltre le soglie fissate da norme europee; c) aiuti per l'adeguamento a norme europee non ancora applicabili; d) aiuti agli studi ambientali; e) aiuti per il risparmio energetico; f) aiuti a favore delle fonti energetiche rinnovabili; g) aiuti alla cogenerazione e aiuti al teleriscaldamento; h) aiuti per la gestione dei rifiuti; i) aiuti per il risanamento di siti contaminati; l) aiuti al trasferimento di imprese;

applicazione, tale disciplina si applica, a partire dal 2 aprile 2008, a tutte le misure di aiuti a favore della tutela ambientale notificate alla Commissione (comprese quelle la cui notifica è avvenuta prima della pubblicazione della disciplina) e a tutte le misure che non sono state notificate, ma sono state concesse dopo la pubblicazione della presente disciplina nella Gazzetta ufficiale.

La disciplina europea degli aiuti di Stato per la tutela ambientale costituisce uno degli strumenti previsti dal Piano d'azione generale in materia di energia per il periodo 2007/2009, al fine di attuare una politica europea integrata nel settore dell'energia e del clima.

⁵⁶ Tale disciplina si applica agli aiuti per la tutela dell'ambiente concessi in qualsiasi settore contemplato dal trattato europeo, compresi quelli soggetti a norme europee specifiche in materia di aiuti di Stato (industria siderurgica, cantieristica navale, industria automobilistica, fibre sintetiche, trasporti e pesca), ad eccezione degli aiuti di Stato alla ricerca e sviluppo, degli aiuti alla formazione, nonché di quelli rientranti nel campo d'applicazione degli orientamenti europei per gli aiuti di Stato nel settore agricolo. Le disposizioni della presente disciplina si applicano invece ai settori della pesca e dell'acquacoltura. Gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, prevalentemente imperniati sulla protezione dell'ambiente ed aventi spesso effetti benefici al di là delle frontiere dello Stato membro o degli Stati membri interessati, possono essere autorizzati in forza delle regole generali in tema di aiuti di Stato.

⁵⁷ Regolamento della Commissione del 6 agosto 2008, n. 800, pubblicato in Gazzetta Ufficiale L 214 del 9 agosto 2008. Mediante questo atto, la Commissione determina in quale misura e a quali condizioni gli aiuti di Stato possano risultare necessari alla tutela dell'ambiente ed allo sviluppo sostenibile senza esplicitare effetti sproporzionati sulla concorrenza e sulla crescita economica.

m) aiuti connessi con regimi di autorizzazioni scambiabili; n) aiuti sotto forma di sgravi o esenzioni da imposte ambientali.

È evidente, infatti, come non tutti gli incentivi economici con finalità di tutela ambientale rispettino automaticamente il regime dell'Unione europea per il solo fatto di proteggere l'ambiente. Per questa ragione, recependo quanto affermato dalla Corte di giustizia⁵⁸, sono stati individuati alcuni criteri generali concernenti la legittima erogazione di aiuti di Stato giustificati da ragioni di tipo ambientale.

Sulla base delle fonti precedentemente indicate, il metodo di valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato comune è il *test comparativo*. Tale criterio permette alla Commissione di garantire che l'aiuto di Stato abbia realmente un effetto di incentivazione, sia ben mirato e proporzionato, e che abbia infine un impatto negativo limitato sulla concorrenza e gli scambi⁵⁹.

Per avere un esempio di come funziona il test comparativo basti pensare che uno degli obiettivi delle imprese, nel quadro della loro strategia di sviluppo, è ridurre i costi di produzione. Ciò le conduce spesso ad adottare tecnologie o metodi produttivi che non tengono in adeguata considerazione la tutela ambientale. In tal modo, i costi di produzione che sostengono sono inferiori al "costo ambientale", sostenuto dall'intera società. Per ovviare a questi fallimenti del mercato, gli Stati possono ricorrere a strumenti sanzionatori imposti alle imprese inquinanti per compensare le esternalità negative che esse producono.

⁵⁸ Corte Giust., 8 maggio 2008, in causa C-49/05, Ferriere Nord Spa c. Commissione, relativa a provvedimenti della Regione autonoma Friuli Venezia Giulia volti a favorire le iniziative delle industrie per la tutela dell'ambiente.

⁵⁹ Si registrano tre tipi principali di aiuti in favore dell'ambiente. In primo luogo, gli aiuti al funzionamento concessi per la gestione dei rifiuti e per il risparmio energetico. Le imprese devono sostenere di regola il costo del trattamento dei rifiuti industriali, in ottemperanza al principio «chi inquina paga». Possono tuttavia essere tollerati aiuti al funzionamento qualora siano adottate norme nazionali più rigorose delle norme dell'Unione applicabili, oppure qualora siano adottate norme nazionali in assenza di norme europee, che comportino per le imprese una perdita temporanea di competitività a livello internazionale. Per tutti questi aiuti al funzionamento, la durata è limitata a 5 anni se l'aiuto è decrescente. L'intensità può raggiungere il 100 % dei sovracosti nel primo anno, ma deve diminuire in maniera lineare per raggiungere il tasso zero alla fine del quinto anno. A causa della mancanza di armonizzazione a livello europeo, gli aiuti al funzionamento concessi sotto forma di sgravi o esenzioni fiscali devono rispettare talune disposizioni specifiche. La Commissione ritiene pertanto che gli aiuti al funzionamento possano essere giustificati per la cogenerazione di calore ed elettricità quando i costi di produzione dell'elettricità o del calore sono superiori ai prezzi di mercato. In secondo luogo, gli aiuti alle attività di assistenza-consulenza in materia ambientale destinate alle piccole e medie imprese (PMI). Aiuti di questo tipo possono essere concessi conformemente alle disposizioni del regolamento (CE) n. 70/2001. In terzo luogo, gli aiuti all'investimento. Gli investimenti interessati sono quelli realizzati in terreni, sempreché siano rigorosamente necessari per soddisfare obiettivi ambientali, nonché in fabbricati, impianti e attrezzature destinati a ridurre o ad eliminare l'inquinamento e i fattori inquinanti o ad adattare i metodi di produzione in modo da proteggere l'ambiente. Possono essere inoltre prese in considerazione le spese legate al trasferimento di tecnologie mediante acquisizione di licenze di sfruttamento o di conoscenze tecniche brevettate o non brevettate. I costi ammissibili sono rigorosamente limitati ai costi d'investimento supplementari ("sovra-costi") destinati alla tutela ambientale.

Oppure gli Stati possono utilizzare gli aiuti di Stato come incentivi positivi per rafforzare la tutela ambientale. L'aiuto deve incoraggiare il beneficiario a modificare il suo comportamento e a realizzare investimenti atti a migliorare il livello di tutela dell'ambiente⁶⁰. Allo stesso tempo, però, tali investimenti possono presentare dei vantaggi economici per l'impresa. Occorre verificare allora che l'aiuto sia necessario e che l'impresa non avrebbe realizzato tale investimento in assenza dello strumento di aiuto⁶¹.

L'aiuto deve avere un effetto di incentivazione e restare proporzionato. È considerato tale l'incentivo solamente se non sarebbe stato possibile ottenere gli stessi risultati senza aiuto o con un aiuto di entità minore. Il suo importo deve limitarsi al minimo necessario per ottenere il livello di tutela ambientale desiderato⁶². Tutti i benefici economici che le imprese possono trarre dall'investimento

⁶⁰ Nella precedente disciplina, in vigore fino al 30 aprile 2008, erano contemplati diversi tipi di aiuti all'investimento: aiuti transitori agli investimenti, concessi a favore delle PMI, aiuti all'investimenti nel settore del risparmio energetico, ecc.; specificando per ciascun tipo di aiuto le relative condizioni e i massimali. Gli aiuti transitori agli investimenti, concessi a favore delle PMI per l'osservanza di nuove norme europee erano validi per un periodo di tre anni a decorrere dall'adozione di nuove norme obbligatorie e potevano essere autorizzati aiuti agli investimenti concessi alle PMI per l'osservanza delle norme stesse, entro i limiti del 15 % lordo dei costi ammissibili. Oppure erano ammessi a beneficiare di aiuti all'investimento nel settore del risparmio energetico al tasso di base pari al 40 % dei costi ammissibili. Nelle regioni ammissibili ai regimi nazionali di aiuti a finalità regionale, le imprese potevano fruire di aiuti accordati ai fini dello sviluppo regionale. Il tasso di base per gli aiuti agli investimenti a favore dell'ambiente era il 30 % lordo (regime comune), o il 40 % lordo (nel caso degli investimenti destinati al risparmio energetico, degli investimenti destinati alle energie rinnovabili e degli investimenti in favore della cogenerazione) o il 50 % lordo (nel caso degli investimenti realizzati nel settore delle energie rinnovabili che permettono l'approvvigionamento di un'intera comunità). Negli aiuti in favore delle PMI, il tasso massimo d'aiuto ambientale non poteva superare in nessun caso il 100 % lordo dei costi ammissibili. Negli aiuti per la bonifica di siti industriali inquinati, occorre fare riferimento alla qualità del suolo e delle acque di superficie o delle falde freatiche. Qualora il responsabile dell'inquinamento non sia individuato o non possa essere chiamato a rispondere, la persona responsabile dell'esecuzione dei lavori può beneficiare di un aiuto per i lavori stessi. L'importo dell'aiuto per la bonifica dei siti inquinati può raggiungere il 100 % dei costi ammissibili, maggiorato del 15 % dell'importo dei lavori. I costi ammissibili sono pari al costo dei lavori di bonifica, meno l'incremento di valore del terreno. Negli aiuti al trasferimento di imprese, in linea di massima il trasferimento in un nuovo sito non rientra nell'ambito della tutela ambientale e non dà quindi diritto ad aiuti. La concessione di aiuti poteva tuttavia essere giustificata se un'impresa, ubicata ad esempio in ambiente urbano, esercitava un'attività che provocava un grave inquinamento e doveva, proprio a causa di tale ubicazione, lasciare il luogo in cui è insediata, spostandosi in una zona più adeguata.

⁶¹ Alcuni interventi rientrano incontestabilmente nella categoria degli aiuti rispondenti a tali esigenze, soprattutto quando permettono di raggiungere un livello elevato di tutela ambientale senza essere in contrasto con il principio dell'internalizzazione dei costi. Altri aiuti, invece, oltre ad avere effetti negativi sugli scambi fra Stati membri e sulla concorrenza, possono essere contrari al criterio «chi inquina paga» e costituire un freno per l'instaurazione dello sviluppo sostenibile. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, nel caso di taluni aiuti destinati unicamente a favorire l'adeguamento a nuove norme europee obbligatorie.

⁶² Poiché risulterebbe difficile tener conto dei (o quantificare i) benefici che un'impresa potrebbe trarre da un investimento supplementare, come ad esempio il rafforzamento della sua "immagine ecologica", l'importo dell'aiuto non potrà raggiungere il 100 % dei costi eleggibili, ad esclusione degli aiuti concessi nell'ambito di una procedura di gara d'appalto realmente concorrenziale. In tutti gli altri casi l'intensità di aiuto non può superare il 50-60 % dei costi d'investimento ammissibili. L'aiuto alle imprese può comunque essere aumentato a seconda del tipo di strumento previsto e delle dimensioni dell'impresa.

considerato devono essere dedotti in fase di calcolo dei costi ammissibili per l'aiuto all'investimento⁶³. Quando il costo dell'investimento per la tutela ambientale non è facilmente isolabile dal costo totale, la Commissione si avvarrà di metodi di calcolo oggettivi e trasparenti, fondandosi per esempio sul costo di un investimento che sia analogo sotto il profilo tecnico, ma che non consenta di raggiungere lo stesso grado di tutela ambientale. In ogni caso, i costi ammissibili devono essere calcolati al netto dei vantaggi apportati dall'eventuale aumento di capacità, dei risparmi di spesa ottenuti nei primi cinque anni di vita dell'impianto e delle produzioni accessorie aggiuntive realizzate nell'arco dello stesso periodo quinquennale⁶⁴.

Alle istituzioni europee è riservato un compito di monitoraggio sull'insieme delle sovvenzioni concesse⁶⁵. Gli Stati membri hanno l'obbligo di trasmettere ogni anno alla Commissione una relazione sulle misure di aiuto per la tutela ambientale, che dovrà contenere, per ciascun regime approvato, informazioni relative alle grandi imprese, e soprattutto l'importo di aiuto per beneficiario, l'intensità di aiuto, la descrizione della misura e del tipo di tutela ambientale che si intende promuovere. Gli Stati membri devono, inoltre, tenere e conservare una documentazione dettagliata relativa alla concessione di aiuti per tutte le misure di tutela ambientale.

Come annunciato nella comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato dell'Unione europea⁶⁶, la Commissione intende rivedere e razionalizzare i principali atti e orientamenti della Commissione in materia di aiuti di Stato entro il 2013. La consultazione intende ottenere informazioni sull'applicazione della disciplina europea degli aiuti di Stato per la tutela ambientale e le misure di sostegno all'ambiente nel regolamento generale di esenzione per categoria. All'esito di ciò, i risultati forniranno un utile contributo al progetto di modernizzazione.

⁶³ La disciplina sovranazionale degli aiuti di Stato per la tutela ambientale stabilisce le regole di calcolo dei costi ammissibili e l'intensità dell'aiuto per categoria di progetto. In alcuni casi sono, inoltre, possibili aiuti al funzionamento.

⁶⁴ La Commissione ha definito i criteri per valutare la compatibilità degli aiuti di Stato per la tutela ambientale nell'ambito della disciplina generale dell'Unione in materia di aiuti di Stato. Per giunta un certo numero di categorie di misure di sostegno ambientale sono esenti dall'obbligo di notificazione preventiva se rispettano le condizioni definite nel regolamento generale di esenzione per categoria.

⁶⁵ Nella precedente disciplina, per consentire alla Commissione di valutare la concessione di aiuti d'importo rilevante erogati nell'ambito di regimi già approvati e la loro compatibilità con il mercato comune, ogni progetto individuale di aiuto destinato agli investimenti, doveva esserle preventivamente notificato ove i costi ammissibili superassero i 25 milioni di euro e l'aiuto eccedesse i 5 milioni di euro in termini di equivalente sovvenzione lorda.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*, COM/2012/0209.

6. Considerazioni conclusive

La ricchezza di strumenti regolatori che emerge dal quadro fin qui delineato mostra chiaramente la crisi delle tecniche tradizionali e la loro sostituzione con strumenti di mercato o “quasi mercato”. L'apparato originario – che faceva ricorso ad interventi autoritativi, tipici del “*command and control*”, a contenuto vincolante, tesi a fissare un limite oltre il quale la condotta diveniva illegittima, la cui violazione produceva una sanzione – è sempre più raro. Permangono poche autorizzazioni e misure pianificatorie, come il Piano d'azione per l'efficienza energetica, ma hanno perso parte della loro efficacia obbligatoria, pur mantenendo un carattere programmatico, di indirizzo e di fissazione degli obiettivi.

La regolazione pubblica autoritativa non è più in grado di garantire una tutela efficace, perché troppo rigorosa e troppo rigida, incapace di adattarsi ad un contesto mutevole, per dato tecnologico ovvero per realtà territoriali, come il mercato dell'energia. Da qui la necessità di avvalersi di tecniche regolatorie, a contenuto economico, “nel mercato” e “attraverso il mercato”. Ossia tecniche che consistono «nella messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela» di interessi pubblici rilevanti, in cui si prescinde «dall'impiego di misure autoritative da parte di autorità pubbliche che pur si fanno parte attiva per promuoverli»⁶⁷. In altre parole, si tratta di tecniche in cui l'autorità pubblica assume soprattutto il ruolo di “facilitatore” ponendo rimedio ad asimmetrie informative.

Con la diffusione dei sistemi di gestione dei certificati è possibile pensare ai rapporti fra imprese e amministrazione come a collaborazioni verso la migliore sostenibilità, superando la logica autoritativa. In particolare, allorquando l'implementazione di un sistema di gestione ambientale comporta, all'interno dell'azienda, non solo un miglioramento a livello di organizzazione e di gestione, ma anche una riduzione dei costi. Il senso della certificazione è quello di permettere un accertamento oggettivo ed uniforme del raggiungimento di determinati standard qualitativi da parte delle imprese mediante un sistema volontario che muove dalla collaborazione tra pubblico e privato. Senza lo Stato questi mercati non potrebbero sussistere. Il mercato opera per mezzo o attraverso lo Stato, il quale, mettendo in opera gli strumenti della regolazione, persegue obiettivi di sostenibilità.

⁶⁷ I periodi citati sono contenuti in M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., 239, che aggiunge: «il diritto amministrativo (e i suoi strumenti di “*command and control*”), quasi come un novello Proteo, assume sempre nuove forme. Ed è prevedibile che sarà così anche in futuro, al di là di ogni politica di deregolamentazione, liberalizzazione o privatizzazione, fin tanto che ci saranno interessi pubblici da tutelare, come quello ambientale, che il mercato, lasciato a sé stesso, non è strutturalmente in grado di internalizzare e proteggere».

Abbandonata la pretesa di disciplinare direttamente e in modo rigido i comportamenti e le attività inquinanti degli operatori, la regolazione si esplica in modo indiretto costruendo una cornice rigida (il mercato artificiale) all'interno della quale è garantita ai privati una maggior flessibilità di comportamenti. Molti degli strumenti regolatori esaminati rientrano in questa fattispecie. Basti pensare ai sistemi di qualificazione e di certificazione energetica, che mirano ad incrementare la visibilità e la credibilità delle imprese rispetto all'utenza finale. Ovvero agli attestati di prestazione e qualificazione energetica o ai certificati di immissione in consumo per i biocarburanti, i quali consentono di ottimizzare la spesa pubblica, raggiungere gli standard ambientali, e contribuire al conseguimento di un adeguato livello di sicurezza energetica. La commerciabilità dei titoli, per giunta, aiuta la promozione degli investimenti e rende il mercato più appetibile. A ciò si aggiunga l'urgenza di demolire il diffuso pregiudizio che la particolare attenzione alle tematiche ambientali in sede di produzione renda il prodotto eco-compatibile meno efficiente di quello inquinante, laddove invece il sistema della certificazione ambientale si fonda proprio sulla verifica del minor impatto ambientale a parità di *performance*.

La logica è opposta rispetto al passato. L'inquinamento ambientale era un esempio di esternalità negativa, vale a dire un danno procurato a terzi da un soggetto nel corso della propria attività, senza che preesistesse un accordo da parte di questi ad assumerlo e senza che avvenisse una compensazione a posteriori. In assenza di correttivi, quando un'impresa inquinava, non sosteneva costi interni, ma determinava a carico della collettività un costo esterno, da pagare in termini monetari (ad es. per l'installazione di un impianto di depurazione) e non (ad es. malattie o perdita di biodiversità). L'offerta, inoltre, non rifletteva questo costo esterno (costo sociale), ma solo quello interno (costo privato), e tendeva ad essere eccessiva, superiore a quella che si sarebbe raggiunta se l'impresa avesse dovuto accollarsi interamente il costo esterno, inglobandolo nei propri costi di produzione.

Unitamente alla caduta della convinzione di poter disporre in maniera illimitata dell'uso delle risorse ambientali, i certificati viceversa prevengono i danni all'ambiente, incentivando comportamenti virtuosi. In questo modo, gli operatori economici possono perseguire la massimizzazione dei profitti, senza sovrautilizzare le risorse ambientali ed esternalizzarne i costi. Il punto di forza di tale approccio è quello di essere in grado di influire direttamente sulle scelte degli imprenditori, attraverso un riposizionamento delle preferenze.

Se si assume – come fa la teoria economica – che i soggetti sono razionali e le loro azioni sono sensibili agli stimoli, è palmare che per indurre un determinato comportamento occorre offrire un adeguato incentivo economico. Se poi l'obiettivo desiderato è minimizzare i danni ambientali, l'incentivo materiale, con-

cesso dallo Stato ai privati, si presenta a tutti gli effetti come un valido meccanismo attraverso il quale orientare gli agenti verso la cooperazione alla realizzazione di tale finalità. Anche perché gli strumenti tradizionali di intervento amministrativo, fondati su obblighi vincolanti di comportamento, su interventi di tipo pianificatorio e autorizzatorio, di fatto non appaiono sufficienti rispetto al complesso compito di preservare il delicato equilibrio biologico della terra⁶⁸.

Sovvenzionare, infatti, alcune attività o ridurre le imposte o la pressione fiscale in corrispondenza di un obbligo di risultato, legato alla protezione dell'ambiente, permette di realizzare un obiettivo non facilmente accessibile al minimo costo. Del resto, se un'impresa riduce i propri inquinamenti o adotta scelte di tutela ambientale, non obbligatorie per legge, è corretto che venga economicamente aiutata. L'idea che l'imprenditore debba gravarsi di oneri sociali, senza alcuna forma di ritorno economico, anche indiretto, si fonda su una visione che si dimostra nei fatti poco realistica, nonché rischiosa, in termini di uscita dal mercato, proprio per i soggetti più diligenti. Inoltre, «la tutela dell'ambiente è il risultato del complesso delle azioni di tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati», per cui «una efficace azione di realizzazione dell'interesse può essere perseguita solamente riuscendo ad incidere sulle libere scelte dei singoli»⁶⁹. Essi sono inquadrabili all'interno degli incentivi di tipo indiretto, ossia quegli interventi che passano attraverso la regolazione, nel senso che operano laddove la mano pubblica è in grado di creare una nuova domanda, allestendo un vero e proprio mercato artificiale.

Con i certificati il potere pubblico si rivolge a strumenti di mercato⁷⁰. Sono strumenti artificiali perché non funzionano come migliorativi del mercato, servendo a riequilibrare i costi elevati di protezione dell'ambiente di cui l'impresa si è fatta carico, bensì come strumenti distorsivi, orientando gli operatori verso soluzioni compatibili con la tutela del bene ambientale e migliorando l'allocatione delle risorse rispetto al libero funzionamento del mercato⁷¹. Sono di fatto

⁶⁸ È ampiamente presente in letteratura la constatazione che «i mercati reali di regola sono imperfetti e che, di conseguenza, il loro funzionamento può implicare o presupporre un esercizio assai intenso di poteri e di funzioni amministrative», ma soprattutto in materia ambientale vi è «la consapevolezza dei numerosi limiti e dei molti fallimenti cui l'intervento correttivo e conformativo della mano pubblica a sua volta si espone», come sostenuto da M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, II ed., Torino, 2011, 182.

⁶⁹ G. Rossi, *Funzioni e procedimenti*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., 70.

⁷⁰ R.B. Stewart, *Markets Versus Environment?*, European University Institute, Jean Monnet Chair Papers, 1995, n. 19.

⁷¹ La semplice indicazione della teoria economica è che, date certe condizioni per un efficiente funzionamento dei mercati, gli agenti, perseguendo il proprio interesse individuale, realizzano anche gli interessi della società nel suo complesso. L'intervento dello Stato nell'economia si giustifica se, per una qualsiasi ragione, i mercati non sono concorrenziali, cioè se vi sono «fallimenti del mercato». Gli incentivi possono essere quindi visti come strumenti utilizzati dallo Stato per ristabilire le condizioni dell'economia concorrenziale. Anche in assenza di fallimenti del mercato lo Stato può intervenire per realizzare obiettivi redistributivi individuati in

incentivi finalizzati a promuovere la tutela ambientale. Rientrano in quello che potrebbe definirsi un approccio regolatorio delle pubbliche amministrazioni, le quali, pur optando per interventi giuridici, dispongono l'adozione di meccanismi in grado di generare una qualche "prevenzione" o "internalizzazione" delle esternalità ambientali, senza incidere in modo eccessivo sul libero mercato e la concorrenza, data la compatibilità con il divieto di aiuto di Stato⁷².

Lo strumento delle certificazioni può incidere su differenti fattori del sistema economico. Essendo gli incentivi uno strumento di aiuto per le imprese, a carico delle risorse statali, non vi è una piena libertà dello Stato nel regolarli. Occorre esaminare, infatti, la loro compatibilità con la normativa dell'Unione europea in tema di aiuti di Stato, che vieta l'adozione di misure protezionistiche. Qualora l'aiuto avvantaggi l'impresa nel gioco della concorrenza, falsandola, esso risulta incompatibile con il mercato comune, salvo alcune deroghe previamente definite⁷³.

Nei sistemi di certificazione la politica di concorrenza e la politica dell'ambiente non sono antagoniste. Le esigenze della tutela dell'ambiente devono essere incluse nella definizione e nell'attuazione della politica di concorrenza, in particolare per promuovere lo sviluppo sostenibile. Al contempo la necessità di tenere conto, a lungo termine, delle esigenze ambientali non implica che ogni aiuto debba essere autorizzato.

Gli incentivi economici, pur avendo un effetto distorsivo rispetto alla libera concorrenza degli operatori, sono l'espressione della necessità di coniugare in qualche modo compatibilità ambientale dei processi produttivi e competitività. Seguendo tale prospettiva, mutano i compiti e le attribuzioni tradizionali delle autorità pubbliche. Più che altro i soggetti amministrativi sembrano assumere

base a una funzione di benessere sociale. In tal caso, il sistema degli incentivi fiscali e finanziari è utilizzato per passare da un punto sulla frontiera delle utilità, corrispondente all'equilibrio del mercato, a un altro che soddisfa obiettivi redistributivi, in modo da non distorcere l'allocazione delle risorse o almeno da ridurre al minimo la distorsione.

⁷² Sono considerati incompatibili con il sistema del mercato unico europeo tutti quei trasferimenti (diretti o indiretti) di risorse pubbliche ad imprese nazionali cui consegue – anche solo potenzialmente – una distorsione del regime della concorrenza. Lo stesso ordinamento dell'Unione prevede espressamente una serie di deroghe a tale assetto, considerando ammissibili aiuti che, seppur in grado di alterare il mercato, risultano finalizzati al perseguimento di interessi prevalenti, tra cui l'interesse alla tutela dell'ambiente.

⁷³ Come noto, il principio di incompatibilità degli aiuti statali non è assoluto e vi sono quattro categorie di aiuti compatibili con il mercato comune: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni dove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si registri una grave forma di sottoccupazione; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione. Il principale obiettivo del controllo degli aiuti di Stato in materia di tutela ambientale è garantire che gli aiuti di Stato producano un livello di tutela dell'ambiente più elevato di quanto possibile in assenza degli aiuti.

il ruolo di promotori rispetto alle tematiche ambientali⁷⁴. In piena coerenza, tra l'altro, con il principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁵, ai sensi del quale gli organi pubblici territoriali sono tenuti a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.

In questo contesto, non servendosi del tradizionale modello autoritativo, l'amministrazione interviene affiancando e supportando il ruolo degli attori del mercato, consumatori e produttori, agevolando tra loro un dialogo, nonché il raggiungimento dei rispettivi obiettivi. Il che non si traduce necessariamente nei termini di un'attività amministrativa neutra, bensì in una serie di compiti finalizzati a soddisfare l'interesse pubblico ambientale, che non fa capo né ai consumatori né ai produttori, ma che è nell'interesse di tutti che si concorra alla sua soddisfazione.

Solo rispettando questo tracciato, gli incentivi e le sovvenzioni economiche con finalità ambientale si coniugano con il mercato, permettendo che vi sia una adeguata considerazione dei diversi profili connessi ad una produzione sostenibile, a cui seguano i relativi benefici in termini sia di sviluppo sostenibile che di tutela dell'ambiente.

Nella attività di certificazione sono coinvolte pubbliche amministrazioni e privati, esperti qualificati e indipendenti chiamati ad attestare le prestazioni energetiche. Ciò rafforza parallelamente tanto la politica della concorrenza, quanto quella ambientale e dell'energia. Un mercato più concorrenziale ottimizza i risultati nel campo ambientale e dell'efficientamento energetico, così come allo stesso tempo la tutela dell'eco-sistema, condotta con strumenti di mercato, può migliorare la tenuta dei sistemi concorrenziali.

In conclusione, le esaminate forme regolatorie di intervento pubblico sotto forma di esigenze di "certezza" sono un essenziale strumento di sostegno per il miglioramento dell'efficienza, che operano nel rispetto della libertà di iniziativa privata, e sono in grado di piegare – artificialmente o meno – le dinamiche di mercato al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, e nel caso di specie all'obiettivo di un tendenziale aumento del risparmio di energia. Esse si combinano, per giunta, a meccanismi d'incentivazione e di tutela, nonché a regole specifiche incidenti sulla regolamentazione dei servizi energetici e sulle attività di trasmissione e distribuzione dell'energia, per mezzo dell'eliminazione di barriere all'incremento dell'efficienza energetica delle reti. Il che consente di promuovere e stimolare la domanda nei mercati dell'energia.

⁷⁴ M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, cit., 222.

⁷⁵ In base al principio declinato dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione.

Certificazioni ambientali e logiche di mercato

Le certificazioni ambientali rappresentano un modello di integrazione tra la politica di salvaguardia ambientale e la politica industriale e della concorrenza. Un approccio fortemente promosso dall'ordinamento sovranazionale. L'articolo avanza una macro-distinzione tra certificazioni correttive del mercato e certificati artificiali e approfondisce in particolare il funzionamento dei certificati di efficienza energetica e di quelli da poco inaugurati per i biocarburanti. Non servendosi del tradizionale modello autoritativo, mediante i certificati l'amministrazione affianca e supporta il ruolo degli attori del mercato, consumatori e produttori, agevolando tra loro un dialogo, nonché il raggiungimento dei rispettivi obiettivi. Il che non si traduce necessariamente nei termini di un'attività amministrativa neutra, bensì in una serie di compiti finalizzati a soddisfare l'interesse pubblico ambientale, che non fa capo né ai consumatori né ai produttori, ma che è nell'interesse di tutti che si concorra alla sua soddisfazione.

Environmental certifications and market logics

Environmental certification is a model of integration between environmental protection policy and industrial and competition policy: an approach strongly promoted by the supranational system. The article puts forward a macro-distinction between corrective market certifications and artificial certificates, and in particular goes into the functioning of energy efficiency certificates and those recently introduced for biofuels. By not using the traditional authoritative model, through certificates the administration supports the role of market players, consumers and producers, fostering dialogue between them and facilitating the achievement of their respective objectives. This does not necessarily translate into a neutral administrative activity, but into a series of tasks aimed at satisfying the public environmental interest, which is not the responsibility of either consumers or producers, but which is in everyone's interest.

La huida del presupuesto público. El caso de los fondos públicos españoles*

Claudia Hernández López

SUMARIO: 1. Los fondos públicos: un modelo de gestión alternativo respecto a otras modalidades. – 2. Sus características: condicionantes de su especial configuración. – 2.1. Disposición exclusiva de dinero. – 2.2. Afectación de los recursos a un fin público. – 2.3. Autonomía. – 2.4. Relación de instrumentalidad con la Administración. – 3. Marco regulatorio: régimen incompleto y problemas. – 3.1. Las reglas comunes a los fondos públicos. – 3.2. Lo no previsto en las normas vigentes: una quiebra a las garantías públicas. – 3.3. En particular, el régimen presupuestario, contable y de control. – 4. La huida del presupuesto público. – 5. Reflexión final: una visión funcional para identificar las reglas aplicables en el derecho público español.

1. *Los fondos públicos: un modelo de gestión alternativo respecto a otras modalidades*

Como es conocido, la Administración puede escoger discrecionalmente las formas organizativas de las que se sirve para realizar su actividad. A veces las realiza por sí misma y otras, en cambio, escoge un ente u organismo que se adapta mejor a los fines perseguidos – organismos autónomos, entidades públicas empresariales, consorcios, son solo algunas de las entidades utilizadas por la Administración española –.

Los fondos públicos son uno de esos instrumentos y su importancia es incuestionable. En el año 2005 los Presupuestos Generales del Estado dotaron cuatro fondos con 251 millones de euros¹, hoy son diecisiete, y tan solo en 2018 recibieron más de 22 mil millones de euros².

* Este artículo fue escrito en el marco de una estancia de investigación de tres meses realizada por la autora en el año 2019 en la Universidad de Roma LUMSA.

¹ Fondo de Ayuda al Desarrollo, Fondo para Inversiones en el Exterior, Fondo para la Concesión de Microcréditos en el Exterior y Fondo para Operaciones de Inversiones en el Exterior de PYME. Véanse los presupuestos Generales del Estado de 2005 – Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005.

² Fondo para la Promoción del Desarrollo, Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento, Fondo de Garantía de Alimentos, Fondo Estatal de Inversión Local, Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, Fondo de Financiación a Entidades Locales, Fondo

Con todo, lo relevante no está en su importancia cuantitativa, sino en su configuración y funcionamiento. La discrecionalidad organizativa de la que dispone la Administración no debe llevar a equívoco: escoger un instrumento no significa escoger las reglas de funcionamiento y mucho menos cuando con ello se persigue excluir el derecho administrativo y derecho del presupuesto público tal y como ocurre en este caso.

A modo de ejemplo puede consultarse el caso del Fondo Nacional de Eficiencia Energética, cuyos recursos proceden, entre otras fuentes, de las aportaciones obligatorias realizadas por los operadores del sector. Pues bien, en este fondo, cuando los operadores no han estado de acuerdo con los importes a abonar, se han generado dudas sobre el tipo de recurso a interponer porque no se conoce la naturaleza del pago – tasa, tarifa, prestación, etc. –³. Esto deriva, lógicamente, de la inexistencia de unas normas claras que regulen el sistema y tan solo es una muestra de los problemas que se generan en torno a estas figuras⁴.

Los fondos públicos son instrumentos administrativos⁵, con o sin personalidad jurídica, creados por ley o por la Administración, cuyo objeto es afectar, acu-

Financiero de Accesibilidad Terrestre Portuaria, Fondo Financiero para la Modernización de la Infraestructura Turística, Fondo de Apoyo a la diversificación del Sector Pesquero y Acuícola, Fondo de Carbono para una Economía Sostenible, Fondo de Apoyo para la Promoción y Desarrollo de Infraestructuras y Servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, Fondo para Inversiones en el exterior, Fondo para Inversiones en el exterior de la Pequeña y Mediana Empresa, Fondo de Ayuda al Comercio Interior, Fondo para la Internacionalización de la Empresa y Fondo de Reserva de los Riesgos de la Internacionalización, Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Véanse los Presupuestos Generales del Estado de 2018 – Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. En particular, para comprobar las cantidades consúltese la serie roja – presupuestos del sector público administrativo con presupuesto estimativo.

³ Las dudas generadas en torno a este fondo han generado numerosos pleitos entre los operadores obligados a contribuir y la Administración. En particular, sobre la naturaleza de los pagos el Tribunal Supremo ha señalado recientemente que tienen la condición de prestación patrimonial no tributaria. Véase la Sentencia 1587/2019, de 16 de mayo de 2019.

⁴ Las reclamaciones contra el Fondo Nacional de Eficiencia Energética no solo han discutido los importes a abonar o la naturaleza de las aportaciones, sino todo sistema español de eficiencia energética caracterizado, en parte, por depositar todos los objetivos de ahorro de energía en la recaudación de recursos a través del Fondo. Con todo, el pleito llegó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y este confirmó el sistema español de eficiencia energética. Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de agosto de 2018, C-561/16 y la Sentencia del Tribunal Supremo 1571/2019, de 25 de junio de 2019.

⁵ Con el fin de evitar opiniones preliminares sobre los fondos, a lo largo del presente trabajo se utilizará el término «instrumento» para hacer referencia a los mismos. Se pretende evitar la utilización de términos como «organismos», «entidades», «órganos» u otros que puedan inducir a confusión. Ninguno de esas expresiones abarca a todos los fondos puesto que en el ordenamiento jurídico vigente pueden encontrarse fondos con características totalmente diferentes entre sí. El uso de estos conceptos entronca con el tema de la Administración instrumental, un tema clásico dentro de la teoría general de la organización que, desde hace décadas, ha sido abordado por la doctrina española. Véase, F. Garrido Falla, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios Locales, 1950; M. F. Clavero Arévalo, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, en *Documentación Administrativa*, 1962, 58, 13 ss.; J. A. García Trevijano, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, 287 ss.; G. Ariño Ortiz, *La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, INAP, 1972; E. García de Enterría y T-R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, 1974, última edición,

mular, gestionar y canalizar recursos presupuestarios o procedentes de aportaciones obligatorias de sujetos públicos o privados, a fines públicos. Se emplean para financiar actividades públicas. Su objeto es afectar un dinero a un fin público y transmitirlo. No son partidas, créditos presupuestarios o recursos agrupados. Son instrumentos administrativos – con organización propia, no siempre *ad hoc*, pero determinante para el funcionamiento del fondo –, cuyos órganos de dirección o entidades de gestión tienen la facultad de tomar decisiones sobre cuestiones como la modalidad de gasto que se va a emplear en cada caso, los importes que se van a gastar o la forma de recaudación de los recursos.

El Fondo de Apoyo a la diversificación del Sector Pesquero y Acuícola⁶, por ejemplo, presta apoyo financiero a las empresas del sector en el que desarrolla su actividad. Su gestión se ha encomendado a SEPIDES⁷, que es quien, en virtud de un convenio con el ministerio competente, adopta decisiones sobre la forma en la que se va a gastar el dinero. En este fondo la normativa deja amplio margen de decisión a la entidad gestora. Únicamente se prevé que los recursos se canalizan en «forma de préstamos participativos... de créditos a largo plazo o cualquier otra fórmula de financiación internacional reconocida, para el desarrollo de esta actividad». Es decir, no se transmiten directamente a una actividad concreta, sino que se afectan a un fin y, posteriormente, los encargados de la dirección del fondo – órgano de dirección o entidad que tiene encomendada su gestión – escogen la modalidad del gasto, el importe que se va a gastar y, a veces, las actividades concretas a financiar. El fondo, por tanto, no es un mero canal para transmitir recursos, es un instrumento que permite afectarlos y gestionarlos. Al respecto, debe recordarse que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, les ha reconocido su categoría de instrumento del sector público institucional.

En general, los fondos son utilizados para la realización de todo tipo de actividades públicas, a saber: la financiación de servicios públicos – Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos, Fon-

2015, 405 ss.; M. Baena de Alcázar, *Administración central y administración institucional en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, 1976; J.A. Santamaría Pastor, *Las administraciones territoriales: la administración institucional*, Universidad Complutense, 1982; A. Gallego Anabitarte, *De los establecimientos públicos y otras personas jurídico públicas en España*, estudio preliminar al libro, también relativo a ese tema, F. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el Derecho Público Español: Tipología y régimen jurídico*, INAP, 1987; AA.VV., *La Administración Instrumental*, libro homenaje a Clavero Arévalo, tomos I y II, Civitas, 1994; F. López Menudo, *La tipología de entes de la administración institucional. Régimen jurídico de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales*, en *Cuadernos de derecho judicial*, 2004, 8, 96 ss.

⁶ Creado y regulado por la Disposición adicional cuadragésima segunda de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

⁷ Sociedad Estatal de Participaciones Industriales Desarrollo Empresarial.

do de Compensación Interportuaria o Fondos del Servicio Universal⁸; el fomento – Fondo de Internacionalización de la Empresa, Fondo de Modernización de Infraestructuras Turísticas; la satisfacción de Derechos individuales – Fondo de Garantía del Pago de Alimentos⁹. A veces desarrollan actividades por las cuales reciben contraprestación – como la concesión de préstamos –, pero el objetivo de estos instrumentos no es obtener un beneficio, es financiar servicios públicos, promover una actividad o satisfacer objetivos públicos. Es decir, el fin no es la contraprestación es el objetivo público perseguido.

En tanto que instrumentos públicos, los fondos deberían sujetarse a unas reglas que garanticen un uso adecuado de sus recursos. Por ello, su configuración y fines no justifican las siguientes actividades que sin embargo hacen: contratan con terceros como si fueran sujetos privados. Algunos no publican los contratos ni garantizan la concurrencia; lo mismo sucede en materia de personal, que no se sujetan a las reglas de empleo público; asimismo, en determinadas cuestiones relacionadas con las tareas que tienen encomendadas tampoco respetan ciertas garantías públicas. Este es el caso de algunos fondos que tienen por objeto conceder préstamos con fines de fomento y no garantizan a los interesados el acceso a esos préstamos en un procedimiento público competitivo. Ejemplo de esto es el Fondo de Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁰. Desde hace años convoca subvenciones para financiar la construcción y reforma de centros privados para el cuidado de personas dependientes o discapacitados y no lo hace mediante un procedimiento público, evitando así la aplicación de la Ley 38/2003, General de Subvenciones que prevé, entre otras cosas, que la convocatoria se publique en los diarios oficiales¹¹.

Ahora bien, la condición pública de los fondos, de sus recursos, de las actividades que realizan y, lo más importante, de los fines que persiguen, permite poner en entredicho esa ausencia de garantías públicas.

⁸ Respectivamente, Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; Disposición adicional sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y Real Decreto 102/2014; Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) y Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

⁹ Creado por la Disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Regulado en el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

¹⁰ Creado y regulado por la Disposición adicional sexagésima primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

¹¹ Véase el artículo 18 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

Lo explicado apunta a los fondos públicos como un nuevo paradigma de huida del derecho administrativo¹². Su regulación – o *no* regulación – recuerda a otros procesos anteriores de creación de formas organizativas sujetas a normas especiales con el único fin de evitar la aplicación de las reglas y principios del derecho público. Con todo, no basta con señalar que se dan estas circunstancias e instar al legislador y a la Administración a corregirlas. Habrá que entrar en el fondo del asunto y preguntarse por qué se hace esto y, en su caso, si está justificado. Se debe comprobar qué razones hay tras esta fuga recurrente.

De momento, pese a su expansión y relevancia, la doctrina y el legislador no les han prestado demasiada atención¹³.

2. *Sus características: condicionantes de su especial configuración*

2.1. *Disposición exclusiva de dinero*

La adecuada comprensión de los fondos, requiere, a modo de apunte, un repaso de sus caracteres. Solo conociéndolos, se comprenderá por qué tienen esa especial regulación y si está o no justificada.

Todos los fondos públicos se dotan exclusivamente con recursos dinerarios y no con bienes ni con patrimonio en los términos que se establecen en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Esto permite descartar que sean un patrimonio separado de la Administración y, a su vez, permite diferenciarlos de otros instrumentos que requieren un patrimonio para constituir-

¹² Dentro de la amplia bibliografía sobre este tema véase, J.M. Sala Arquer, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, en *REDA*, núm. 75, 1992, 399 ss.; F. Garrido Falla, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, en *REDA*, 1993, 79, 389 ss.; A. Borrajo Iniesta, *El intento de huir del Derecho Administrativo*, en *REDA*, 78, 1993, 233 ss.; G. Ariño Ortiz y L. López De Castro, *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, 1994; S. del Saz Cordero, *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, en *RAP*, 1994, 133, 57 ss.; S. Martín-Retortillo, *Reflexiones sobre la "huida" del Derecho administrativo*, en *RAP*, 1996, 140, 25 ss.; Más reciente, M.C. Chinchilla Marín, *El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo*, en *RAP*, 2016, 200, 361 ss., entre otros.

¹³ Al cierre de este trabajo, solo es posible encontrar unos pocos artículos dedicados expresamente a los fondos públicos que, además, se caracterizan por presentar un enfoque jurídico financiero y no jurídico administrativo. Véase L.M. Cazorla Prieto, *Crisis económica y transformación del Estado*, Aranzadi, 2009, 162 ss.; J. Pascual García, *La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los Controles Financieros por los nuevos entes del sector público*, en *Presupuesto y Gasto Público*, 2010, 60, 109 ss.; M. Garcés Sanagustín, *La acción de fomento ante la nueva tipología de entes públicos*, en *Presupuesto y Gasto Público*, 2010, 60, 7 ss.; A. Echenique Conde, *El limbo de los fondos carentes de personalidad jurídica régimen jurídico y análisis sistemático del gran desconocido*, en *CISS Técnica Contable*, 2012, 747, 99 ss.; y S. Casado Robledo, *El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado*, en *Revista Española de Control Externo*, 2014, 47, 83 ss.

se o desarrollar su actividad, que puede estar formado por bienes, como ocurre, por ejemplo, en sociedades y fundaciones. El fondo puede existir sin patrimonio.

Son instrumentos cuyo único objeto consiste en manejar ese dinero para satisfacer un fin público. El origen de los recursos – presupuesto público, aportaciones obligatorias, rentabilidad por inversiones, etc. –, o la forma en que se gastan – préstamos, avales, subvenciones, anticipos reintegrables, etc. – varía en cada caso; pero la disposición – exclusiva – de recursos dinerarios es un rasgo común a todos ellos¹⁴. Tienen cabida en cualquier sector o ámbito de la Administración siempre que en ese sector se requiera una disposición de recursos realizada o garantizada por la Administración. Esta característica se observa en fondos tan distintos como el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos y el Fondo de para la gestión de los Residuos Radiactivos. El primero, obtiene sus recursos de los PGE, se emplea para sostener una obligación de la Administración General del Estado y canaliza sus recursos en forma de anticipos; el segundo, en cambio, se dota con cargo a aportaciones obligatorias en forma de tasa que realizan determinados operadores y se emplea para financiar un servicio público. Ambos poseen estructuras organizativas distintas, se nutren de fuentes diferentes y se sujetan a normas singulares, pero en los dos, su único objeto es gestionar ese dinero para satisfacer un fin público.

En síntesis, no se emplean para otra cosa que no sea recaudar, gestionar, invertir, retener, afectar y canalizar dinero.

2.2. *Afectación de los recursos a un fin público*

Todos los fondos afectan recursos a la satisfacción de un fin público como puede ser, por ejemplo, la financiación de un servicio – Fondo de Compensación Interportuaria –, el cumplimiento de unos objetivos públicos del Estado – Fondo de Cooperación para el Agua y el Saneamiento – o incluso el sostenimiento de las Administraciones territoriales – Fondos de financiación de CCAA y EELL –¹⁵.

Para conseguir asegurar la afectación de esos recursos, el legislador no solo prevé que el dinero del fondo debe destinarse a la satisfacción de ese fin, sino que dota a los fondos de un conjunto de características especiales que le permiten

¹⁴ Sea cual sea sector en el que se encuentran – sector energético, financiación de Administraciones territoriales, sostenimiento de la dependencia, obligaciones de servicio público, fomento de la internacionalización de las empresas españolas, etc. – los fondos públicos son estructuras organizativas creadas para gestionar y canalizar una masa de efectivo.

¹⁵ Sobre la regulación de los tres fondos mencionados, respectivamente, Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento; Real Decreto 1460/2009, de 28 de septiembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Cooperación para Agua y Saneamiento; y Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico.

conseguir su objetivo. La más importante es la autonomía económica que tienen reconocida. Se separan de la Administración para mantener incomunicados sus recursos y afectarlos al fin perseguido. De este modo su dinero no se confunde con el resto de recursos de la Administración ni se puede emplear en actividades distintas a aquellas que constituyan el objeto del fondo.

Esto implica, por ejemplo, que pueden retener los remanentes de un ejercicio a otro o, incluso, reinvertir los beneficios que obtengan en sus propios fines. A modo de ejemplo véase que la normativa que regula el Fondo de Ayuda al Comercio Interior establece que para dotar las convocatorias se pueden emplear «los recursos procedentes de amortizaciones de préstamos ya concedidos, así como el remanente, si lo hubiere, procedente de convocatorias anteriores»¹⁶. Funcionan como cajas separadas, su configuración es absolutamente diferente al resto de órganos que integran la Administración.

Este planteamiento parece separarse de los principios expresados en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – en adelante, LGP – que establece, como regla general, la no afectación de recursos. De acuerdo con la misma, los recursos del Estado y de todas las entidades con presupuesto limitativo deben emplearse a satisfacer «el conjunto de sus respectivas obligaciones». Sin embargo, los fondos regulados en la LGP elaboran un presupuesto estimativo. De ahí que queden fuera de esta regla general¹⁷.

En definitiva, el fondo es un instrumento que se emplea para afectar unos recursos a un fin público. Este es uno de los fundamentos de su existencia y condiciona su configuración.

2.3. *Autonomía*

Aun cuando carecen de personalidad, tienen autonomía respecto de la Administración en numerosas cuestiones. En particular, cuentan con las siguientes facultades: capacidad para tomar decisiones sobre la forma en que van a gastar sus recursos – sin estrictas vinculaciones presupuestarias –; obligación de elaborar un presupuesto independiente; rendición de cuentas por separado; afectación de sus recursos a determinados fines – al margen del Presupuesto – contabilidad independiente; sujeción a controles menos intensos que el resto de órganos de la Administración en la que se integran o, incluso, la limitación de responsabilidad

¹⁶ Véase el artículo 3.1 del Real Decreto 1786/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de apoyo financiero a la modernización y mejora del comercio interior.

¹⁷ Además de lo anterior, debe añadirse que la LGP establece que se puede determinar la afectación de recursos siempre que se haga por ley y todos los fondos vigentes han sido creados por una norma con rango de ley. Véase el artículo 27.2 de la LGP.

a sus propios recursos. En efecto, tanta es esa autonomía que si contraen deudas, la normativa prevé, en algunos casos, que responden por sí mismos, sin contagiar a la Administración u organismo público de gestión¹⁸.

En cierto modo están separados de la Administración a la que pertenecen. Esto, como es lógico, es uno de los aspectos claves puesto que es lo que permite diferenciarlos de una mera agrupación de recursos. Asimismo, se trata de una cuestión de extrema relevancia para el estudio del derecho administrativo español por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, esa autonomía que el ordenamiento jurídico les reconoce les permite someterse a un conjunto de normas que se alejan del derecho administrativo. Al carecer de personalidad les correspondería sujetarse a las normas de la Administración en la que se integran. Sin embargo, su configuración autónoma y, por tanto, su separación respecto de la Administración, trae consigo la aplicación de otras reglas. El ordenamiento no los trata como un órgano más, sino que, a ciertos efectos, les permite actuar como entidades personificadas de base privada.

¹⁸ La voluntad del legislador de llevar al máximo la autonomía de los fondos se pone de manifiesto en la limitación de la responsabilidad. Algunos fondos carentes de personalidad jurídica de los regulados en la LGP tienen tanta autonomía que el legislador ha limitado la responsabilidad por su actuación a sus propios recursos. Este, por ejemplo, es el caso del Fondo para la Promoción de Infraestructuras de la Dependencia, cuya norma de creación prevé que «las responsabilidades del Fondo se limitarán exclusivamente a aquéllas que la entidad gestora haya contraído por cuenta del mismo. Igualmente, los posibles acreedores del Fondo no podrán hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio de la entidad gestora», – Disposición adicional sexagésima primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 –. Pues bien, resulta llamativo que estos instrumentos, carentes de personalidad, puedan contraer obligaciones por sí mismos sin que las consecuencias o incumplimientos que deriven de su actividad impliquen ni contagien de ninguna forma a la Administración. Este es uno de los planos donde se pone de manifiesto que el legislador trata de dotarlos de tanta autonomía como a determinadas personas jurídicas. Ahora bien, con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público – LRJSP – estos preceptos son cuestionables y parecen estar derogados tácitamente puesto que se produce una contradicción entre un precepto básico – artículo 35 de la LRJSP – y esa limitación de responsabilidad de los fondos. En particular, el artículo 35 de la LRJSP establece lo siguiente: «cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad». Este artículo extiende la responsabilidad patrimonial de la Administración a todos los supuestos en los que esta intervenga, directa o indirectamente a través de una entidad de derecho privado. Esto hace que las sociedades mercantiles u otras entidades de las que se sirva la Administración contagien su responsabilidad a la misma. Dado que los fondos no son entidades de derecho privado, una interpretación literal del artículo 35 los excluiría. Ahora bien, el objeto de ese precepto es evitar que la interposición de entidades pueda librar a la Administración de responder. Su fin es traspasar la responsabilidad a la misma incluso cuando actúe por medio de sujetos de derecho privado. Por tanto, aunque no se prevea expresamente, la intención es garantizar la cobertura de la responsabilidad, lo cual se extenderá, lógicamente, a instrumentos de naturaleza pública como los fondos. Lo razonable, en este sentido, es que si una Administración emplea un fondo para realizar actividades que son propias, las responsabilidades que deriven de esa actividad sean también responsabilidades de la Administración. Por tanto, no parece que estos preceptos limitando la responsabilidad de los fondos sean acordes al régimen y a los principios que debe revestir el uso de instrumentos de este tipo por parte de la Administración.

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, el disfrute de capacidades propias de la personalidad jurídica sin poseer formalmente esta cualidad confirma el uso instrumental de esta institución. Se pone en jaque, una vez más, la uniformidad de la teoría estatutaria y, por ende, idea clásica española sobre la personalidad jurídica. Y es que, un análisis de los fondos públicos permite descartar situaciones polarizadas – o se tiene personalidad, o no se tiene, con todas las consecuencias que derivan de ello –, puesto que la realidad niega rotundamente ese planteamiento.

Por último, todo ello permite cuestionar, a su vez, la concepción subjetiva del derecho administrativo español. Los fondos, pese a tener la condición de instrumentos – sin personalidad – de la Administración, no se sujetan derecho público. Al menos no en los mismos términos que el resto de órganos que se integran en la Administración General del Estado. Con el objeto de tener más flexibilidad, el legislador les aplica el régimen previsto para sociedades mercantiles y fundaciones.

Ahora bien, no basta con invocar el fenómeno de la huida y la teoría estatutaria para, posteriormente, señalar que los fondos públicos deben sujetarse a derecho administrativo¹⁹. La solución no es tan simple.

Puede que los fondos no huyan del derecho administrativo con el único fin de saltarse los controles o evitar las cargas que impone esta rama del ordenamiento. Tal vez, para las actividades que realizan, necesitan una flexibilidad que no encuentran en el derecho público – por ejemplo, porque requieren más agilidad –. Solo escapando de ciertas cargas pueden ser eficaces. Por ello, hay que observar si su actividad justifica la sujeción a esas reglas y, por tanto, si en determinados casos es admisible que se recurra a otras normas. Quizá la clave, en línea con lo que ha venido ocurriendo en la legislación de contratos, no está en prestar atención al sujeto, sino a las actividades que realizan – criterio funcional –.

¹⁹ Todo esto, en España, es especialmente relevante porque la doctrina mayoritaria no acepta escalas o graduación en la personalidad y mucho menos. Pese a ello, es innegable que la configuración autónoma de los fondos y, por tanto, su separación respecto de la Administración, los dota de subjetividad. Distintas posiciones sobre personalidad jurídica en el Derecho administrativo español véase M.F. Clavero Arévalo, *Personalidad jurídica*, cit.; J.A. García Trevijano, *op. cit.*, 787; G. Ariño Ortiz, *La Administración*, *op. cit.*; A. Gallego Anabitarte, *Derecho general de la organización*, Instituto de Estudios Administrativos, 1971; también del mismo autor *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992; L. López Guerra, *Sobre la personalidad jurídica del Estado*, en *Revista del Departamento de Derecho político de la UNED*, 1980, 6, 32 ss.; E. García de Enterría y T-R, Fernández Rodríguez, *op. cit.*, 371.

2.4. *Relación de instrumentalidad con la Administración*

Los fondos públicos no se subordinan formalmente a la Administración ni mantienen un vínculo de jerarquía con la misma. En coherencia con la autonomía económico-financiera y organizativa de la que disponen, el legislador los «adscribe» a la Administración para evitar su «dependencia» o «integración» jerárquica.

Las consecuencias de la «adscripción» no se determinan expresamente en la normativa, pero parece que el objeto es dotarlos de autonomía y equipararlos al resto de instrumentos del sector público institucional. Y es que el término «adscripción», ya se ha utilizado para subrayar la separación de determinados órganos que, por sus funciones requieren, de una u otra forma, independencia respecto a la Administración.

Sirva de ejemplo el caso del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que se encuentra «adscrito» al Ministerio de Economía y Hacienda – artículo 45 de la LCSP²⁰. En este caso el uso del término «adscripción» persigue garantizar la independencia funcional de la que deben disponer esos órganos y evitar el uso del término «integración». Ese tipo de órganos dependen material y presupuestariamente de una Administración, pero su vinculación con la misma no conlleva una relación de jerarquía o subordinación puesto que la razón de ser del órgano es, precisamente, resolver determinadas situaciones con independencia y neutralidad²¹.

²⁰ « ... Dicho órgano estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública ... ».

²¹ «Menos tajante en este sentido resulta la Ley cuando dispone que “a estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda”, pues el término adscrito puede utilizarse para especificar el vínculo con la Administración General del Estado, tanto en un caso como en el otro. A este respecto, incluso cabría considerar que el término mencionado podría resultar incluso contradictorio con la afirmación inicial de que el Tribunal no tiene personalidad jurídica propia, pues en tal caso, más que la adscripción al Ministerio de Economía y Hacienda, debería haberse establecido su integración en él. La mera adscripción, en efecto, resulta más apropiada para los organismos que gozan de autonomía en la gestión. Sin embargo, no debe hacerse excesivo hincapié en este punto, pues la utilización del término “adscrito” en lugar de “integrado”, sin duda responde a la intención del legislador de poner de manifiesto, ya desde este plano, la plena independencia de actuación que debe tener el Tribunal», J. Pardo García-Valdecasas, *El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, en *Documentación Administrativa*, 2010, 288, 19 ss. En algunas ocasiones la doctrina ha criticado que el empleo de ese término también implica cierta verticalidad o subordinación y ha planteado la sustitución del mismo por otros que garanticen mejor la independencia. Este planteamiento es comentado por I. Martín Delgado, *La reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: un instrumento necesario, útil y eficaz?*, F. López Ramón (Dir), *Las vías de recurso a debate, Actas del Congreso de la AEPDA*, 2015, 377 ss. Este autor se refiere a la «adscripción» del Consejo de Transparencia y Buen gobierno y se hace eco de un informe de la Abogacía del Estado: «La Abogacía del Estado, a petición del propio Consejo de Transparencia, se ha pronunciado en uno de sus informes... En su opinión, en tanto que organismo contemplado en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, el Consejo es una Administración independiente, caracterizada por su independencia y autonomía funcional. Critica el uso de la palabra adscripción por parte del art. 33.1 LTAIBG, por entender que una Administración independiente no puede estar adscrita, en el sentido de sometida funcionalmente, a un Ministerio ...». La misma situación se planteó en las Administraciones independientes – ahora denominadas Autoridades Administrativas Independientes –.

Pese a ello, en todos los fondos públicos es posible identificar una relación de instrumentalidad propia de las entidades que integran el sector público institucional²². Ese vínculo de adscripción no les proporciona independencia absoluta, tras el mismo subyace un férreo poder de decisión y control por parte de la Administración. La dirección pública es patente, nada distinto de organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades o fundaciones públicas.

3. *Marco normativo: régimen incompleto y problemas*

3.1. *Las reglas comunes a los fondos públicos*

Cada fondo cuenta con su propia regulación, pero en todos los casos se trata de normas incompletas. Además, hay una serie de reglas comunes.

De un lado, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – LGP – fue la primera norma que reconoció la existencia de los fondos en abstracto. Esta norma estableció un régimen presupuestario, contable y de control común a todos los fondos carentes de personalidad jurídica. Posteriormente, de otro, en el año 2015, la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público reguló, por primera vez en una norma distinta a la presupuestaria, los fondos carentes de personalidad jurídica. El preámbulo de esta norma anunció lo siguiente: «los fondos son una figura cuya frecuente utilización demandaba el establecimiento de un régimen jurídico».

Sin embargo, fue un anuncio demasiado ambicioso. Esta norma no establece un régimen jurídico completo para los fondos, más bien se limita a recoger la realidad existente: creación y extinción del instrumento, régimen jurídico y régimen económico-financiero – ya previsto anteriormente en la LGP –.

En particular, los artículos 137 a 139 prevén lo siguiente:

«Artículo 137. Creación y extinción.

En estas entidades inicialmente se empleó el término «adscripción» para vincularlas a la Administración General del Estado. No obstante, posteriormente se consideró que dicho término implicaba cierta subordinación y poco a poco fue sustituido. Sobre las Administraciones independientes en general, A. Betancor Rodríguez, *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*, Tecnos, 1994. A modo de ejemplo puede verse el caso de la desaparecida Comisión Nacional de Energía que, inicialmente se «adscribía» al ministerio competente en energía, pero en 2011, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, con el objeto de reforzar su independencia estableció que «se relacionaba» con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

²² Santamaría Pastor equipara la relación que mantiene la Administración con las entidades instrumentales a la de una empresa privada con sus sociedades filiales, de tal forma que estas últimas existen solo en la medida que interesan a los fines de la empresa, en *Fundamentos de derecho administrativo*, cit., 1193.

1. La creación de fondos carentes de personalidad jurídica en el sector público estatal se efectuará por Ley. La norma de creación determinará expresamente su adscripción a la Administración General del Estado.

2. Con independencia de su creación por Ley se extinguirán por norma de rango reglamentario.

3. En la denominación de los fondos carentes de personalidad jurídica deberá figurar necesariamente la indicación «fondo carente de personalidad jurídica» o su abreviatura «F.C.P.J».

Artículo 138. Régimen jurídico.

Los fondos carentes de personalidad jurídica se registrarán por lo dispuesto en esta Ley, en su norma de creación, y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación.

Artículo 139. Régimen presupuestario, de contabilidad y de control económico-financiero.

Los fondos carentes de personalidad jurídica estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre».

Respecto a su creación y extinción se debe señalar que la fórmula escogida cada vez es más habitual en la Administración española – creación por ley y extinción por reglamento –. Con la misma se persigue facilitar la desaparición de los fondos cuando hayan cumplido con su objeto. Esto cobra sentido en fondos que se crean con la vocación de canalizar recursos por una sola vez o durante un período de previamente determinado. El ejemplo más claro de ello fue el Fondo de apoyo a la República Helénica, creado en el 2009 con el único cometido de canalizar los recursos con los que contribuyó España en el rescate a Grecia²³. Si bien esta forma de creación y extinción permite eliminar los fondos fácilmente y está admitida por una norma con rango de ley, es innegable que contradice el principio de jerarquía normativa.

El precepto relativo a la creación de los fondos también se refiere expresamente al vínculo que mantienen con la Administración. Como quedó apuntado, resulta llamativo que tal vínculo se califique de adscripción, más aún si se observa que en esa misma norma los organismos autónomos o las entidades públicas empresariales *dependen* de la Administración General del Estado – artículos 98 y 103 respectivamente –. A esa forma de calificación del vínculo se hizo referencia anteriormente. En cualquier caso, a modo de resumen, se puede señalar que en los fondos el legislador parece querer subrayar la separación que tienen respecto de la Administración.

²³ Real Decreto-ley 7/2010, de 7 de mayo, por el que se crea el Fondo de Apoyo a la República Helénica y se autoriza un crédito extraordinario por importe de 9.794.387.450 euros para su dotación.

Por su parte, el artículo 138 se refiere al régimen jurídico. De conformidad con el mismo, los fondos se rigen por lo previsto en la LRJSP, por sus normas de creación y por el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación. A diferencia de lo que ocurre con otros instrumentos tal precepto no aporta demasiado, le falta concreción. Las remisiones a las normas de derecho administrativo general y especial «que les sean de aplicación» mantiene a los fondos en un plano ambiguo. Favorece que las normas de creación de los fondos establezcan reglas especiales, distintas, o incluso excluyan, expresamente o por omisión, las normas comunes aplicables a la Administración pública.

Esto hace que los fondos se acaben sujetando a un derecho especial que, poco o nada tiene que ver con las reglas de contratación pública, de procedimiento administrativo o de formación de voluntad de los órganos colegiados previstas para la Administración. Y aunque esas reglas encajan con lo previsto en el 138 – «derecho administrativo especial que le sea de aplicación» –, lo cierto es que con las mismas se excluyen garantías públicas de especial trascendencia.

En consecuencia, se puede afirmar que el régimen jurídico previsto por la LRJSP no establece unas normas claras y bien definidas, sino que favorece la ambigüedad y permite que los fondos escapen de las reglas aplicables al resto de instrumentos de la Administración.

Por último, el artículo 139 hace referencia al régimen de presupuestos, de contabilidad y de control de los fondos. Este régimen ya estaba previsto desde el año 2003 en la LGP, por lo que la LRJSP no aportó nada nuevo. Se trata de uno de los aspectos más relevantes de la configuración de los fondos. Por ahora, basta con dejar apuntado que esas reglas económico-financieras son las que dan a los fondos una configuración especial.

3.2. Lo no previsto en las normas vigentes: una quiebra a las garantías públicas

Pese a que la inclusión de esos tres artículos es un avance y lleva implícito el reconocimiento de la categoría, lo cierto es que prácticamente no resuelve nada. Como se verá a continuación, el silencio en determinadas cuestiones genera multitud de dudas y conflictos jurídicos a los que el legislador no ha prestado atención.

Esas normas no imponen a la publicidad de determinados actos, la aplicación de las reglas de contratación, un régimen de la responsabilidad acorde a su condición de instrumento público, ni siquiera exigen la utilización del procedimiento administrativo. Asimismo, las normas que los regulan individualmente tampoco se refieren a estas cuestiones, y cuando lo hacen, es de un modo ambi-

guo o excluyendo las garantías públicas. Con todo, se trata de aspectos extrema relevancia para el derecho público y los fondos parecen estar fuera de ellas. Se encuentran en un verdadero limbo jurídico.

Todo lo anterior no parece tratarse de un despiste del legislador. Parece perseguir intencionadamente que los fondos se sujeten a reglas especiales. Esto es, que cada uno de ellos cuente con una organización, procedimientos y reglas adaptados a los fines y circunstancias del mismo. Esto puede servir para que el fondo se adapte mejor a las necesidades que pretende satisfacer, pero encierra el problema de excluir las reglas generales aplicables a la Administración, con la elusión de garantías que ello conlleva. De hecho, si se comparan los fondos con otras figuras que forman parte del sector público institucional, las diferencias son notables²⁴.

3.3. *En particular, el régimen presupuestario, contable y de control*

En lo relativo al régimen presupuestario, que es lo que aquí nos interesa, se debe destacar que la normativa española ahora mismo prevé dos tipos de presupuestos: administrativo o de explotación y capital.

²⁴ Basta con recordar las reglas generales que la LRJSP establece para otras entidades como organismos autónomos, entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles públicas:

«Artículo 99. Régimen jurídico – Organismos autónomos –.

Los organismos autónomos se regirán por lo dispuesto en esta Ley, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

Artículo 104. Régimen jurídico de entidades públicas empresariales.

Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

Artículo 113. Régimen jurídico. – Sociedades mercantiles estatales –

Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas».

Como se puede observar, en todas ellas el nivel de concreción es mucho mayor que en el caso de los fondos públicos. Tanto para las entidades públicas en sentido estricto como para las de base privada, el legislador se esmera por delimitar claramente las reglas aplicables a cada uno de ellos. Ello incluso cuando su actividad está a mitad de camino entre el derecho público y el derecho privado. En todos esos casos, además, aparte de las reglas generales y especiales de derecho administrativo que les sean de aplicación, en los artículos siguientes se hace referencia expresa a la necesaria aplicación de la normativa sobre procedimiento administrativo o sobre otras cuestiones de extrema relevancia como la contratación pública. También se aplicarán necesariamente las reglas previstas para la Administración. En definitiva, se delimita adecuadamente el régimen jurídico para evitar que haya reductos por los que escapar del Derecho público.

El presupuesto administrativo presenta una estructura simple caracterizada por determinar de forma detallada los gastos que como máximo puede tener cada organismo y, si los hubiera, la previsión de ingresos. Es el presupuesto propio de la Administración General del Estado. Funciona como mecanismo de control del poder legislativo al ejecutivo. Es aprobado y supervisado por las Cortes.

Pero los fondos públicos no hacen ese tipo de presupuesto. Están obligados a elaborar un presupuesto de explotación y capital en los términos del artículo 64 y siguientes Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria – LGP –, que se incorporan a los PGE como anexo.

Una de las características más importantes de estos presupuestos es la flexibilidad que proporcionan. Mientras los presupuestos administrativos contienen determinaciones limitativas, el presupuesto de explotación y capital contiene estimaciones y previsiones. En concreto, el presupuesto de explotación es una previsión de los ingresos y gastos del ejercicio presupuestario. El presupuesto de capital, por su parte, hace referencia al estado de flujos de efectivo – origen de los recursos y aplicaciones en que se materializan los mismos –. En el mismo se explican con cierto detalle operaciones de gestión, así como los cobros y pagos.

Cada año, los fondos deben elaborar sus presupuestos y acompañarlos de una memoria donde se explique su contenido, la ejecución del ejercicio anterior y la previsión de la ejecución del ejercicio corriente. Asimismo, deben incluir un balance y un programa de actuación plurianual. Este documento está integrado por los estados financieros explicados en la memoria – balance, explicación de la ejecución del ejercicio anterior y de la previsión de la ejecución del ejercicio corriente – y debe reflejar los datos económico-financieros previstos para el ejercicio relativo al proyecto de Presupuestos Generales del Estado y a los dos ejercicios inmediatamente siguientes, según las líneas estratégicas y objetivos definidos para el fondo. Esta es una de las diferencias con el presupuesto administrativo, cuyo ámbito temporal no excede de un año y no admite planificación plurianual.

La responsabilidad de elaborar estos presupuestos recae sobre los órganos de gestión del fondo o sobre las entidades a las que se encuentren adscritos los mismos.

Son presupuestos menos estrictos que los administrativos. Se asemejan al presupuesto de empresas privadas y de entidades que perciben recursos de fuentes distintas a los PGE. Han sido importados del sector privado y han permitido incorporar a los PGE las previsiones de ingresos y gastos de aquellas entidades que, formando parte del sector público, desarrollan una actividad con un contenido económico incapaz de adaptarse al presupuesto administrativo – por ejemplo, porque dependen del mercado –. Están diseñados para entidades que realizan actividades comerciales sobre las que no se pueden hacer previsiones exactas. De hecho,

la LGP prevé que este es el presupuesto que deben elaborar las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones públicas y las entidades públicas empresariales.

La razón de que el legislador haya optado por aplicar este tipo de presupuestos a los fondos carentes de personalidad probablemente se encuentre en la búsqueda de autonomía y flexibilidad: obtención de recursos propios, retención de recursos de un ejercicio a otro, adscripción de todo lo que perciban a un fin de forma permanente – sin estar condicionados por el período anual ni por el principio de no afectación –, gestión independiente de la entidad en la que se integra el fondo, libertad para gastar más o menos de lo previsto, etc. Se persigue, en definitiva, evitar la rigidez de los presupuestos administrativos.

Ahora bien, esa flexibilidad lleva aparejada una reducción de las garantías públicas, no solo en los presupuestos sino, por ejemplo, en el tipo de contabilidad. La especialidad en el régimen presupuestario de los fondos de la LGP ha dado lugar a diferencias en el régimen contable²⁵. No se sujetan a la normativa de contabilidad pública puesto que no se integran en el presupuesto consolidado. Se someten a un régimen contable distinto que, al igual que el resto de instrumentos que elaboran presupuestos de explotación y capital se rige, en parte por los principios establecidos para la contabilidad de la empresa privada²⁶. Asimismo, no hay información publicada sobre dónde deben incluirse en el sistema europeo de cuentas.

Por último, en relación con el control, los fondos se sujetan a control interno y externo.

Respecto al control interno, están sometidos al control de la IGAE mediante auditoría pública. Por tanto, no son tratados como cualquier órgano o entidad pública de la Administración. Mientras dentro de la Administración se controlan los recursos mediante la función interventora – acto por acto y comprobando la legalidad – o, al menos, mediante el control financiero permanente, en los fondos únicamente se hace una verificación posterior mediante procedimientos selectivos que solo afecta a los aspectos contables²⁷.

Con esto los fondos no solo quedan excluidos de los controles que habitualmente se aplican a la Administración, también lo están de los controles que la normativa ha previsto aplicar a los organismos públicos – artículos 149 y 158 de la LGP –. Por ejemplo, en el caso de los organismos autónomos, la LGP pre-

²⁵ J. Pascual García, *op. cit.*

²⁶ Resolución de 1 de julio de 2011, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueban las normas contables relativas a los fondos carentes de personalidad jurídica a que se refiere el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria y al registro de las operaciones de tales fondos en las entidades aportantes del sector público administrativo.

²⁷ Se produce lo que Cazorla Prieto ha descrito como «una flexibilización de las reglas fiscalizadoras, que puede resultar chocante con las enormes cantidades de gasto público que se gestionan a través de tales fondos», L.M. Cazorla Prieto, *op. cit.*, 161.

vé que se controlan mediante la función interventora – artículo 149 – y mediante control financiero permanente – artículo 158 –. Por su parte, las entidades públicas empresariales, se controlan mediante control financiero permanente – artículo 158 –. Ambas entidades están sometidas también a auditoría de cuentas anuales.

En el caso de los fondos se recurre a los mecanismos previstos para las sociedades mercantiles públicas y para las fundaciones o, en otros términos, para entidades dotadas de personalidad jurídica y cuyo funcionamiento se rige, en parte, por el derecho privado²⁸. Estas circunstancias ponen de manifiesto que los fondos, indudablemente, escapan de la aplicación del derecho público – de los controles –.

Respecto al control externo, los fondos públicos son supervisados por el Tribunal de Cuentas. De las formas de control que ejerce este órgano es interesante para el presente estudio el control que se ejerce directamente sobre el fondo²⁹. Es una forma intensa de control, pero es posterior y aleatoria. Que se haga o no, depende de que el Tribunal de Cuentas incluya a uno o varios fondos en su programa anual de fiscalizaciones.

Lógicamente, a través de esta forma de control no se han controlado todos los fondos, pero en los analizados, los informes del Tribunal de Cuentas señalan numerosas irregularidades. A modo de ejemplo pueden consultarse los informes de fiscalización del *Fondo Para la Promoción del Desarrollo*, que es uno de los fondos cuyo marco normativo está más desarrollado³⁰. En el mismo se ponen al descubierto irregularidades que son paradigma de las graves situaciones que se pueden dar con esta configuración:

«En una ocasión se concedió un préstamo a un Fondo de inversión constituido en las islas Caimán, gestionado por una empresa radicada en Panamá; y, en otras dos, a Fondos constituidos en la República de Mauricio paraísos fiscales sin sujeción a ninguna entidad regulador».

El Tribunal de Cuentas considera que este tipo de operaciones deberían excluirse categóricamente de la financiación española. FONPRODE ya aprobó no autorizar nuevas operaciones de este tipo, pero eso solo afecta a este fondo.

Otro ejemplo destacado en el mismo informe es el que señala que «Se concedió una contribución al Banco Interamericano de Desarrollo por 78 millones de euros, sin haberse firmado el correspondiente convenio de crédito». Se da una ausencia incuestionable de garantías públicas. Por último, ese mismo informe también señala que «Existen al menos tres Fondos de capital en los que la forma-

²⁸ Véanse los arts. 113 y 139 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, donde se prevé expresamente que este tipo de organismos someten su actividad al derecho privado.

²⁹ La función de fiscalización del Tribunal de Cuentas se encuentra prevista en los artículos 9 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

³⁰ Véase el Informe de Fiscalización del Fondo para la Promoción del Desarrollo, ejercicios 2012 y 2013 – número de fiscalización 1159, aprobado el 12 de julio de 2016.

lización de las relaciones crediticias no se efectuó por el ICO, contraviniendo el art. 14 de la Ley de creación de FONPRODE».

Todas estas irregularidades no se producirían con sujeción a un presupuesto administrativo o, al menos, con un marco normativo bien definido y ajustado a los recursos públicos que manejan. No obstante, tal y como se expuso anteriormente, ni la normativa del FONPRODE ni la de otros fondos se caracteriza por regular de forma detallada su régimen jurídico o su actividad. Y es que las irregularidades derivan de la indefinición o lagunas existentes en la normativa.

4. *La huida del presupuesto público*

Tras analizar los fondos se puede afirmar que en algunos casos realizan actividades en las que los ingresos y los gastos son difíciles de prever. Requieren flexibilidad para realizar correctamente su actividad y no siempre se pueden ajustar a las determinaciones estrictas que supone aprobar un presupuesto administrativo. Por ello, parece lógico que el legislador recurra a este régimen presupuestario – y, en consecuencia, a este régimen contable y de control –. Con todo, convendría revisar el régimen jurídico y definirlo correctamente para que su utilización no dé lugar a irregularidades como las indicadas.

Como se puede observar, no hay duda sobre la licitud del presupuesto empleado, pero debe señalarse que no parece que todos los fondos públicos requieran esa flexibilidad para la satisfacción de sus intereses. Ejemplo claro de ello es el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, cuya actividad consiste, básicamente, en garantizar a los hijos menores de edad el pago de alimentos reconocidos e impagados establecidos en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial. En casos como este se escoge esa forma más flexible, pero no porque se necesite ni porque el interés público lo justifique, sino con el objeto de evitar rigideces, cargas y a costa de algunas garantías públicas. Y es que en la última década los fondos públicos han proliferado y se están utilizando para la realización de actividades clásicas que no requieren esa flexibilidad.

En este punto, procede señalar, como se dijo al principio, que es cierto que el legislador y la Administración tienen libertad para escoger las formas que estimen más adecuadas para financiar un servicio o realizar una actividad. Sin embargo, el especial régimen económico-financiero que caracteriza a los fondos públicos no debería ser empleado para eludir cargas y controles y huir, sin justificación, del derecho presupuestario público en la realización de actividades administrativas ordinarias.

5. *Reflexión final: una visión funcional para identificar las reglas aplicables en el Derecho público español*

En su regulación actual, los fondos públicos son una manifestación de la huida del derecho administrativo y del presupuesto público, pero son útiles. La Administración recurre a ellos porque encuentra soluciones que no le proporcionan otros instrumentos y le permite actuar con eficacia. Lo que los hace atractivos es su regulación o, mejor dicho, su ambigua regulación.

De acuerdo con el planteamiento tradicional, deberían sujetarse a derecho administrativo plenamente. Ahora bien, por todos es conocido que la plena sujeción de los fondos públicos al derecho administrativo solo haría que cayeran en desuso e impulsaría a la Administración a buscar otros instrumentos.

Por ello, lo más razonable – y también lo más complejo – es admitir que, en determinados casos una actuación eficaz de la Administración requiere menos exigencias formales y más flexibilidad, y que, en esos casos, se puede acudir a otras normas. No se trata de permitir la sujeción de los fondos públicos a derecho privado, ni de prescindir de garantías como la publicidad o la obligación de gestionar adecuadamente los recursos públicos. Se trata de reconocer que algunas actividades, las haga quien las haga, son públicas, pero por sus características deben sujetarse a un derecho público especial adaptado a las necesidades de la función a desarrollar. Y es que no hay un único modo de respetar las garantías públicas. Se puede articular una regulación menos formal que también sea respetuosa con las garantías públicas.

Siguiendo este planteamiento se podría comprobar si las tareas que están desarrollando los fondos públicos pueden o deben ser realizadas con sujeción a esas u otras normas o si, por el contrario, deberían sujetarse plenamente al derecho administrativo vigente. De esta forma, solo cuando la actividad del fondo no justifique esa flexibilidad se aplicará plenamente el derecho administrativo, admitiendo, en el resto de casos, la sujeción a una regulación más flexible, menos formal, que permita satisfacer con eficacia el interés público perseguido y, al mismo tiempo, respete las garantías públicas.

Ahora bien, esta solución pasa necesariamente por la utilización de un criterio funcional de modo que se desvíe la atención del sujeto hacia la función como elemento para conocer las normas aplicables. Aunque constituye un cambio, se encuentra en línea con el derecho europeo reciente y podría mitigar la recurrente huida hacia el derecho privado. A fin de cuentas, el derecho administrativo no ha sido nunca, ni debe ser, una solución estática. Las necesidades públicas son variadas y cambiantes; las reglas y los instrumentos deben adaptarse, las garantías son las que deben permanecer.

Claudia Hernández López - Abstract

La huida del presupuesto público. El caso de los fondos públicos españoles

Este trabajo analiza los fondos públicos españoles. En particular, se describen sus aspectos esenciales, su marco normativo y las razones de su utilización. El fin último es conocer la figura, comprender por qué escapan de derecho de los presupuestos públicos y, en su caso, saber de qué forma se podría evitar que esa huida reproduzca en el futuro a través de otros instrumentos.

The flight from the public budget. The case of Spanish public funds

This paper analyses Spanish public funds. In particular, its essential aspects, its regulatory framework and the reasons for its use are studied. The ultimate goal is to provide an outline, understand why they escape the law of public budgets and understand how to prevent this escape in the future through the use of other means.

L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche

Stefano D'Ancona

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un esempio di accentramento “fuori contesto”. Lo Sportello Unico. – 3. Cenno al fenomeno della c.d. centralizzazione. – 4. La centralizzazione degli acquisti: genesi e finalità del processo. – 4.1. La nuova previsione contenuta all'art. 1 commi 162-165, 170 L. 30 dicembre 2018, n. 145. Il fenomeno della progettazione svolta dalla struttura “centrale”. Primi quesiti interpretativi. – 4.2. Gli strumenti di “affidamento” diretto della progettazione alla Struttura di progettazione. – 5. Conclusioni. – 5.1 Analogie e differenze tra i processi di accentramento amministrativo. – 5.2. Elementi positivi e negativi del processo di centralizzazione degli acquisti. – 5.3. La struttura nazionale di progettazione: i profili critici.

1. *Premessa*

È noto come gli anni novanta del secolo passato siano stati caratterizzati da importanti processi di riforma¹ che, intervenendo su un sistema già di per sé estremamente complesso quale quello dell'Amministrazione italiana², hanno innescato

¹ A parte la riforma relativa al rapporto tra centro e periferia introdotta con la L. 142/1990 e agganciata alle successive norme riconducibili alla riforma Bassanini cui si accennerà, va precisato che nello stesso arco temporale si è assistito a molteplici riforme che, purtroppo, non sono state espressione né di un comune disegno né di un indirizzo politico unitario (C. Franchini, *La riforma dell'Amministrazione pubblica*, in Aa.Vv. *L'Amministrazione pubblica italiana. Il problema dell'ammodernamento del sistema-Italia: un quadro preciso e informato dello stato in cui si trova oggi la pubblica amministrazione*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, Bologna, 1994, 192). Sul piano organizzativo, si pensi, tra le altre, alla riforma degli apparati ministeriali (es. l. n. 168/1989, L. 358/1991), alla riforma dell'amministrazione per enti con la tendenza a moltiplicare e diversificare tali strutture (es. L. 88/1989 di ristrutturazione dell'INPS, D.L. n. 308/1993 sull'INPDAP), alla riforma del sistema delle imprese pubbliche conseguenza del processo di privatizzazione (C. Franchini, *op. cit.*, 194).

² A questo proposito, è stato notato che «il sistema amministrativo italiano non è più centralizzato ma ancora non è a struttura regionale, o autonomistico. La situazione è caratterizzata da questi due elementi: da un lato il disordine nella distribuzione delle funzioni e nell'assetto organizzativo; dall'altro la prevalenza nell'organizzazione del sezionalismo e di quello che si denomina corporativismo (crescita del potere e tramonto della sovranità».

un forte processo di decentramento di poteri e funzioni a favore degli Enti Locali³. Tale evoluzione, anche se mai conclusa⁴, appare superata da un processo opposto di accentrimento⁵, che, per lo meno nell'ultimo ventennio, sta conducendo verso un progressivo svuotamento delle organizzazioni locali di quei poteri e funzioni

tà). Se si esamina il riparto delle competenze tra i vari livelli di governo in Francia (paese accentrato), Germania (Stato regionale) e in Italia [...] (*omissis*) si nota che nel nostro paese, c'è un po' dell'uno e dell'altro modello». (S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 137). Sotto altro profilo la complessità si mostra nel fatto che «a differenza dall'ordinamento tedesco, dove non esiste – salvo alcune eccezioni – una organizzazione periferica dello Stato, in Italia, accanto alle regioni, alle province e ai comuni, vi sono uffici statali periferici» (S. Cassese, *op. cit.*, 147). In dottrina il dibattito sull'esistenza o meno nell'amministrazione italiana di un centro è ampio: per una rassegna si rinvia a G. Sciuillo, *Alla ricerca del centro: le trasformazioni in atto nell'amministrazione statale italiana*, Bologna, 2000, 14. Sono state utilizzate, a questo proposito, espressioni come «ente senza centro», «centralismo senza centro», «centralizzazione senza un centro», «organizzazione diffusa, a carattere policentrico» (a riguardo, rispettivamente dello Stato, del sistema amministrativo italiano e dei servizi nazionali, come quello sanitario). In via sistematica, poi, si sono classificati gli ordinamenti a seconda che risultino con o senza Stato e con o senza centro (l'ordinamento italiano di nuovo rientrerebbe fra quelli con Stato, ma senza centro)

³ Si attesta al 1993 l'anno in cui è stato avviato il decentramento con le leggi c.d. Bassanini, secondo E. Natalini, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2006, 15. A. Pajno afferma che si apre negli anni novanta un processo di cambiamento destinato ad investire tutti i rami dell'amministrazione e che, proprio perché tale, si atteggia come un ripensamento del sistema amministrativo nel suo complesso, le cui parole d'ordine sono, tra le altre, decentramento e autonomia» (A. Pajno, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2017, 549 ss. in particolare par. 9).

Per un'analisi del fenomeno si rimanda alla bibliografia sotto richiamata: in particolare S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano ovvero l'arte di arrangiarsi*, in Aa.Vv. *L'Amministrazione pubblica italiana. Il problema dell'ammodernamento del sistema-Italia: un quadro preciso e informato dello stato in cui si trova oggi la pubblica amministrazione*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, 1994, 14; più di recente, M. Savino, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, fasc. 2, 641 ss., in particolare par. 1. Cfr. E. Natalini, *op. cit.*. Non si può prescindere dall'esame di alcuni documenti che rappresentano la genesi del processo di riforma ed, in particolare, gli *Indirizzi per la modernizzazione delle pubbliche amministrazioni* (Roma, 1993) elaborati dal Ministro della funzione pubblica Sabino Cassese che suggerivano una «cura» organica per la burocrazia italiana, ove i rimedi ai mali dell'amministrazione italiana erano ivi indicati con precisione nel porre «le amministrazioni al servizio dei cittadini», «separare le amministrazioni dalla politica», «trasferire le decisioni in periferia», completare il «disegno autonomistico», «semplificare l'attività di governo», «liberare le amministrazioni pubbliche dai lacci di troppe leggi», «accorciare i circuiti di decisione» con procedure più snelle, «rendere produttivo il personale pubblico», «distribuire meglio gli impiegati», «ricostruire la dirigenza pubblica», «spendere meno e spendere meglio», «rafforzare la presenza delle amministrazioni pubbliche in Europa». Anteriormente, il Rapporto Giannini del 1979 (*Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979, ripubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 715 ss.) che si collocava a ridosso delle norme di trasferimento di funzioni alle Regioni, denunciava l'incompletezza del disegno autonomistico.

⁴ Che il processo di decentramento non si sia mai completato è stato affermato dalla dottrina più recente. Il punto di osservazione è stata l'evoluzione della normativa in tema di fiscalità ove si osserva, per l'opposto, un ritorno al centralismo. È notato a questo proposito che le ragioni di questa mancata riforma sono da riscontrare nella «emergenza dei conti pubblici generata dalla crisi finanziaria e dagli stringenti vincoli imposti dall'Unione europea [che] ha rafforzato il controllo statale sui «cordoni della borsa» e ostacolato il completamento del processo di devoluzione. La diffidenza verso la responsabilità finanziaria degli enti territoriali ha finito, così, per legittimare un sostanziale riaccentramento della potestà impositiva e delle scelte sui grandi aggregati di spesa [...] il decentramento resta incompiuto, principalmente a causa della resistenza del potere centrale a riconoscere, in tempi di crisi, una effettiva autonomia finanziaria agli enti territoriali» (M. Savino, *op. cit.*, 641 ss., par. 2.2.).

⁵ L'«accentramento» è un modo di essere degli apparati politici o amministrativi ovvero un indirizzo di organizzazione o di assetto di poteri, che si alterna con il «decentramento», «a seconda delle contingenze e nell'ambito del divenire delle istituzioni» (F.A. Roversi Monaco, *Voce Decentramento amministrativo*, in *Enc.*

prima ad esse attribuiti. Non si tratta, esclusivamente, di un ritorno delle funzioni dagli Enti Locali allo Stato⁶, quanto piuttosto, di un nuovo indirizzo organizzativo che ha comportato – e comporta – il trasferimento di compiti e funzioni a nuovi Soggetti che vanno a costituire, nella normativa più recente, nuovi “centri” di potere. Ci si riferisce a strutture organizzative che, in alcuni casi, si personificano in enti pubblici strumentali o, molto più semplicemente, vanno a confluire nel novero di pubbliche amministrazioni⁷. Questo processo, come si vedrà nel presente contributo, è stato per lo più favorito dal legislatore per realizzare finalità di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Sono riconducibili all'evoluzione sopra delineata in maniera sommaria, sia, da una parte, lo Sportello Unico che, seppure ideato dal legislatore in tempi non recenti, continua ad essere rivitalizzato da nuove disposizioni, sia, dall'altra parte, istituti come la centrale di committenza e il soggetto aggregatore (*infra*, par. 4) nonché, in ultimo, la struttura centrale di progettazione (*infra*, parr. 4.1-4.2). Quest'ultima, in particolare, ha riportato in evidenza il tema del riaccentramento anche sotto il profilo del trasferimento del potere dalle amministrazioni locali ad una struttura statale.

In tutti questi casi, insomma, sembra che la tendenza al decentramento, che prima egemonizzava qualsiasi riassetto organizzativo dell'Amministrazione italiana⁸, sia oggi riequilibrata da questa opposta esigenza di tornare al “centro” mostrata dal legislatore più recente.

Per queste ragioni si ritiene importante analizzare il fenomeno e le sue possibili implicazioni.

Giur., Roma, 1, nonché *Id.*, Voce *Decentramento (e accentramento)*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Milano, 1990, 299 ss.

⁶ Parla esplicitamente di «ricentralizzazione» A. Pajno, *op. cit.*, 549 ss., in particolare par. 11 si afferma che «Le iniziative di riforma vengono, così, guardate con interesse ma anche con atteggiamenti critici e talvolta preoccupati. Nella prospettiva critica le parole chiave diventano ricentralizzazione, sostenibilità, pareggio di bilancio, razionalizzazione, riduzione». Sulla questione della “centralizzazione” ai fini della sostenibilità, del pareggio di bilancio, razionalizzazione e riduzione, in senso critico, F. Mastragostino, *Introduzione*, in Aa.Vv., *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole, percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bologna, 2016, 20.

⁷ Attenta dottrina ha notato che alla nozione di ente pubblico si sta progressivamente sostituendo la nozione di pubblica amministrazione che si differenzia per non essere connessa al possesso della personalità giuridica di diritto pubblico, quanto piuttosto all'aspetto dello svolgimento di attività funzionalmente correlata ad un interesse pubblico (F. Goisis, *Ente pubblico (Voce)*, in *Annali VII, Enc. Dir.*, Milano, 2013, 416, G. Napolitano, *Enti pubblici*, in *Dizionario dir. Pubbl.*, diretto da S. Cassese, III, Milano 2006, 2223 ss., 2229 ss.

⁸ Si può parlare di egemonia proprio in considerazione del fatto che «nel caso dell'ordinamento politico amministrativo italiano, nel quale si traduceva la concezione di uno Stato fortemente accentrato, ogni procedimento di riorganizzazione dei pubblici poteri è stato collegato alla soluzione dei problemi del decentramento» F. Roversi Monaco, Voce *Decentramento amministrativo*, cit., 1. D'altra parte si osservi che la Voce *Accentramento*, contrariamente a quella *Decentramento*, non sia presente nei principali compendi enciclopedici di diritto pubblico (cfr. in *Enc. Giur.* la citata Voce curata da F. Roversi Monaco, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, nonché la Voce *Decentramento* curata da V. Cerulli Irelli).

2. Un esempio di accentramento “fuori contesto”. Lo Sportello Unico

È, per certi versi, singolare come alcuni istituti di accentramento organizzativo siano stati anticipati dal legislatore nel contesto delle riforme Bassanini, epoca, come osservato, di grande decentramento.

Le disposizioni cui si fa riferimento sono alcune norme in materia di servizi pubblici, in cui si imponeva agli enti locali la centralizzazione per finalità di efficienza⁹ oppure in materia di procedimento amministrativo.

È con riferimento a tale ultimo ambito che, tra le disposizioni del D.lgs. 112/98, all'art. 23, si inserisce la previsione relativa allo Sportello Unico che consiste in una struttura organizzativa costituita dai Comuni per la gestione delle funzioni di propria competenza in materia di attività produttive. Nello Sportello Unico si concentrano poteri decisionali e di gestione del procedimento e presso tale struttura convergono gli atti di assenso provenienti da altre amministrazioni¹⁰. Tale struttura è stata prospettata dal legislatore al fine di semplificare il procedimento¹¹.

⁹ Con riferimento alla gestione dei rifiuti si è osservato che «la grande novità del decreto Ronchi – il D.lgs. 22/97 – era rappresentata proprio dall'obbligo imposto ai Comuni di organizzare dett[er] servizi[o] non più isolatamente l'uno dall'altro, ma mediante forme di cooperazione di area vasta, di dimensione sovra-comunale» A. Lolli, J. Bercelli, *I servizi pubblici ambientali (acqua e rifiuti) in Italia. Novità normative*, in www.ius-publicum.com, 2011. Ed ancora, nel dettaglio, sul decreto Ronchi, «al fine di assicurare una gestione maggiormente rispondente – tra l'altro – ai principi di efficienza e di economicità, l'art. 23 del decreto aveva previsto che la gestione dei rifiuti urbani [venisse] attuata secondo ambiti territoriali ottimali (ATO) [corrispondenti alle Province], e finalizzati al superamento della frammentazione delle gestioni e alla razionalizzazione dimensionale delle medesime» (C. Iaione, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012.) Cfr. C. Feliziani, *Il servizio pubblico verso la riscoperta dei principi di adeguatezza differenziazione e autonomia. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, fasc. 3-4, 843 ss.

¹⁰ Sul tema dello Sportello Unico per le attività produttive, cfr. M. Colucci, *Commento all'art. 23 del D.lgs. n. 112/1998*, in *Aa.Vv. Lo Stato autonomista*, a cura di G. Falcon, Bologna, 1998, 112. Cfr. G. Piperata, *Lo Sportello Unico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2002, fasc. 1, 41. All'art. 23 del D.lgs. 112/98, il legislatore aveva attribuito ai Comuni la funzione amministrativa relativa alla realizzazione, l'ampliamento, la cessazione, la riattivazione, la localizzazione e la rilocalizzazione di impianti produttivi, ivi incluso il rilascio delle concessioni o autorizzazioni edilizie (comma 1). Nel contempo si era introdotta una disposizione innovativa, ove si prevedeva che le funzioni di assistenza avrebbero dovuto essere esercitate «prioritariamente attraverso gli sportelli unici per le attività produttive» (c. 3 art. 23). Con il D.P.R. n. 447/98 il legislatore adottava le regole attuative dello sportello unico e all'art. 3, il legislatore governativo, dando un grande contributo al processo di “centralizzazione”, prevedeva che i Comuni esercitassero, anche in forma associata, le funzioni previste dall'art. 23 D.lgs. 112/98 «assicurando che ad un'unica struttura sia affidato l'intero procedimento»; struttura alla quale i privati si sarebbero rivolti «per tutti gli adempimenti previsti dai procedimenti relativi alle attività produttive».

L'istituto tuttavia non ebbe grande successo. Solamente dieci anni più tardi il legislatore decise di “rispolverarlo” come strumento per facilitare l'esercizio delle attività economiche. Difatti viene inserito nel D.L. 112/2008 recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria all'art. 38 rubricato «Impresa in un giorno».

La norma delega il Governo ad adottare Regolamenti secondo una serie di principi tra cui quello secondo cui «lo Sportello unico costituisce unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva» (art. 38 comma 3 lett. a).

¹¹ Diversamente, dal punto di vista concettuale, gli altri istituti di semplificazione come la conferenza di servizi, la dichiarazione di inizio di attività, autocertificazione, il silenzio-assenso, i quali operano esclusi-

Il modello organizzativo, in seguito, è stato peraltro replicato negli anni successivi in disposizioni riferite ad altri settori diversi da quello delle attività produttive e con riferimento a funzioni non riconducibili ai Comuni¹² ove la finalità del legislatore era la medesima, cioè creare centri di gestione procedimentale¹³.

La giurisprudenza ha precisato la natura meramente organizzatoria dello Sportello unico che «seppure concentrando, in funzione semplificativa, gli interventi delle varie amministrazioni» non avrebbe inteso alterare le loro relative competenze che restano, regolate dalle rispettive discipline di settore¹⁴.

vamente sul piano dell'attività amministrativa. L'istituzione dello Sportello Unico consta di un obbligo organizzativo consistente nella creazione di un ufficio-organo a rilevanza esterna deputato a rilasciare autorizzazioni o comunque adottare provvedimenti (T.A.R., Milano, sez. III, 27 settembre 2018, n. 2168). In dottrina, con riferimento alla normativa adottata negli anni novanta, è stato osservato che l'obbligo organizzativo implica un limite positivo e uno negativo in quanto da una parte è individuabile un «obbligo per tutti i Comuni di dotarsi di una struttura unica alla quale affidare la responsabilità del procedimento disciplinato negli articoli del D.P.R. n. 447/1998» (G. Piperata, *op. cit.*, 2002, par. 4). Dall'altra parte – e in questo consta il limite negativo – si identifica nella normativa l'impossibilità per il comune «di affidare all'esterno della struttura pubblica, a soggetti privati, il compito di gestire il procedimento unificato per la realizzazione di impianti produttivi. In altri termini, il Comune può scegliere di realizzare autonomamente o anche in forma associata lo sportello unico, oppure di affidarne, previa convenzione, interamente il compito alla provincia, alla comunità montana o alla camera di commercio, ma dal tenore della normativa non sembra autorizzato ad esternalizzarne integralmente la realizzazione o la gestione a vantaggio di associazioni di categoria o di privati.

Ciò, comunque, non limita il comune a tal punto da impedirgli la possibilità di convenzionarsi con strutture private appositamente costituite o con associazioni di categoria per l'esercizio (solo) di alcune attività strumentali rispetto alle funzioni autorizzatorie delle quali rimane titolare lo sportello unico (si pensi, ad esempio, alle attività di promozione del territorio)» (*ibidem*).

¹² Lo Sportello unico per l'edilizia (Sue) trova la sua disciplina nell'art. 5 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (t.u. dell'edilizia); lo «sportello unico per il turismo» (Sut) è previsto all'art. 9 c. 6 l. 29 marzo 2001, n. 135, «Riforma della legislazione nazionale del turismo»; l'art. 22 d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, recante «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», prevede l'istituzione, presso ciascuna prefettura-ufficio territoriale del Governo, di uno «Sportello unico per l'immigrazione, responsabile dell'intero procedimento relativo all'assunzione di lavoratori subordinati stranieri a tempo determinato e indeterminato»; l'art. 2 d.P.R. 19 settembre 2000, n. 358 (di semplificazione del procedimento relativo all'immatricolazione, ai passaggi di proprietà e alla reimmatricolazione degli autoveicoli, dei motoveicoli e dei rimorchi) istituisce lo «Sportello unico dell'automobilista»; lo «Sportello dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», istituito dall'art. 9 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» (cosiddetto codice degli appalti). Per una disamina, S. Tarullo, *Sportello Unico* (Voce), in *Enc. Dir., Annali*, I, 2007 par.6.

¹³ S. Tarullo, *op. cit.*, par. 1. G. Gardini, *Un nuovo modello di azione pubblica: il provvedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al d.p.r. 20 ottobre 1998, n.447*, in *Dir. amm.*, 1998, 541, sul punto M. D'Orsogna, *Unificazione funzionale e sportello unico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 5, 471, par. 2. In dottrina è stato notato che lo Sportello Unico facilita la semplificazione e favorisce il cittadino dandogli un unico centro di riferimento nell'ambito del procedimento avviato (A. Masucci, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie, Il procedimento elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, 27).

¹⁴ T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 9 marzo 2017, n. 173.

Con la digitalizzazione dei procedimenti lo Sportello Unico compie un salto di qualità¹⁵. L'utilizzo delle nuove tecnologie consente di accentrare anche i dati relativi al procedimento e lo Sportello Unico diventa una struttura virtuale¹⁶.

Lo Sportello Unico ha acquisito nel tempo una certa importanza nel contesto delle riforme e la necessità che i Comuni si organizzino in modo da prevedere

¹⁵ Accentramento (organizzativo) e digitalizzazione sono quindi due fenomeni vanno di pari passo fin dagli anni novanta. La disposizione contenuta nell'art. 24 c. 2 del D.lgs. 112/98 è stata in questo senso innovativa, ove prevedeva l'accesso telematico agli archivi dello Sportello Unico. E, successivamente, l'evoluzione digitale ha acquisito nuove conquiste. Successivamente, con il D.L. 112/2008, il legislatore ha infatti previsto la necessità di creare, "oltre l'ufficio", un "collegamento" esterno telematico tra lo Sportello unico e altre amministrazioni. E ciò risulta, chiaramente, dalla lettera *a-bis* del comma 3 art. 38 del D.L. – con modificato in sede di conversione – ove è stato imposto che, da parte dei Comuni, venisse «assicurato, anche attraverso apposite misure telematiche, il collegamento tra le attività relative alla costituzione dell'impresa di cui alla comunicazione unica disciplinata dall'articolo 9 del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 2007, n. 40 e le attività relative alla attività produttiva di cui alla lettera a) del presente comma» (art. 38 comma 3 lett. *a-bis*).

Il D.L. 112/2008 rappresenta un forte segnale a favore della dematerializzazione dell'Ufficio, ossia la creazione di un Ufficio "virtuale" o, più precisamente, di un *front-office* virtuale che, evidentemente andrebbe a costituire il punto di accesso al procedimento.

In questo senso, si assesta la previsione secondo cui «i Comuni che non hanno istituito lo sportello unico, (... *omissis*...) esercitano le funzioni relative allo sportello unico, delegandole alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura le quali mettono a disposizione il portale *impresa.gov* che assume la denominazione di *impresaingiorno*» (art. 38 c. 3 lett. d).

In questo contesto si inserisce la previsione contenuta nell'art. 10 del Codice dell'Amministrazione digitale, adottato come noto, con il D.lgs. 82/2005. La norma prevedeva, originariamente, che lo sportello unico di cui all'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 20 ottobre 1998, n. 447, fosse realizzato «in modalità informatica» ed erogasse «i propri servizi verso l'utenza anche in via telematica» (art. 10 c. 1 CAD). Successivamente, con la modifica del D.lgs. 235/10, la disposizione si è ridotta alla previsione che lo Sportello Unico erogasse i servizi in via telematica.

Veniva inoltre previsto che gli sportelli unici consentono l'invio di istanze, dichiarazioni, documenti e ogni altro atto trasmesso dall'utente in via telematica e sono integrati con i servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni (c. 2 art. 10 CAD).

Con 26 agosto 2016 n. 179, la disposizione è stata interamente abrogata, determinando così un'espunzione dell'istituto dal Codice.

Oggi dunque la disciplina del SUAP è contenuta integralmente in un ambito speciale riconducibile al D.lgs. 26 marzo 2010 n.59 recante «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, che si intensifica la digitalizzazione dello Sportello Unico attività produttive».

All'art. 25 il legislatore governativo conferma comunque le questioni riferite alla digitalizzazione.

Si prevede infatti che il regolamento di cui all'articolo 38, comma 3 D.L. 112/2008 assicura l'espletamento in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere le attività di servizi attraverso lo sportello unico per le attività produttive (art. 25 c. 1 D.lgs. 59/10).

¹⁶ R. Di Giorgi, *Reti di relazioni nella Pubblica Amministrazione*, in *Informatica e Diritto*, vol. XI, 2002, n. 2, 27 ss., par. 4 e 5. Osserva Masucci, «viene creato un *front-office* per il privato e questo fa da amministrazione di riferimento...questa struttura non solo deve consentire al privato di reperire on line tutte le informazioni e la modulistica necessaria per l'attivazione del procedimento ma deve raccogliere le diverse istanze indirizzate per ottenere le autorizzazioni necessarie...Il locale *front-office*, lavorando in rete di cooperazione con il *back office* (ovvero con le diverse autorità competenti) rende possibile una gestione che può attraversare trasversalmente l'organizzazione amministrativa»: A. Masucci, *op. cit.*, 28.

la sua istituzione è stata ravvisata anche dalla Corte Costituzionale che ne ha sancito l'intangibilità da parte di norme regionali¹⁷.

L'esigenza di "accentramento" organizzativo ha così trovato ragion d'essere in una società complessa dove gli interessi pubblici trovano crescente articolazione funzionale e territoriale e le procedure amministrative si rilevano sempre più un concorso di diversi procedimenti facenti capo a differenti amministrazioni¹⁸.

3. *Cenno al fenomeno della c.d. centralizzazione*

Il riferimento alla realtà dello Sportello Unico è funzionale all'esame del diverso fenomeno cui si assiste di recente.

Parte della dottrina parla, in questi differenti casi, di «ricentralizzazione»¹⁹.

Il fenomeno trova come presupposto il profondo mutamento economico che sta investendo il nostro sistema in questi anni. È stato, infatti, osservato come, nel primo decennio del XXI secolo, la crisi economico-finanziaria abbia comportato un mutamento della cultura delle riforme amministrative e di alcuni dei suoi paradigmi fondamentali²⁰. Si è assistito – è stato osservato – ad una riconquista, da parte dello Stato, dello spazio di potere nei confronti degli enti locali, ritenendosi che la delocalizzazione, cui accede l'autonomia finanziaria degli enti sub-statali, si risolva in un aumento dell'imposizione tributaria che grava sul cittadino²¹.

Non pare, tuttavia, che il processo di centralizzazione possa essere limitato ad una nuova devoluzione del potere amministrativo al contrario, e cioè dagli Enti locali allo Stato.

Per vero, le nuove normative vanno delineando un sistema in cui si assiste, piuttosto che ad un ritorno verso il "centro" – inteso come Stato –, ad un trasferimento di funzioni o poteri²² da Amministrazioni "minori", considerate inad-

¹⁷ Sul punto si rinvia ad una pronuncia della Corte Costituzionale del 2014, in cui i Giudici delle Leggi hanno dichiarato l'illegittimità di alcune norme toscane le quali, in materia di apertura ampliamento e trasferimento di grandi strutture di vendita, aggravavano gli oneri di produzione documentale a carico di chi presentasse istanza allo sportello unico delle attività produttive (Suap). La Corte ha affermato che, così facendo, il legislatore regionale altererebbe la procedura davanti al Suap che è stata disciplinata da una normativa statale, appunto l'art. 38, comma 3 D.L. 25 giugno 2008 n. 112, proprio al fine di evitare inutili richieste e passaggi burocratici al cittadino che voglia avviare attività economiche (Corte Cost. 11 giugno 2014 n. 165). Sul punto, A. Masucci, *op. cit.*, 27.

¹⁸ A. Masucci, *op. cit.*, p. 27.

¹⁹ A. Pajno, *op. cit.*, 549 ss. in particolare par. 11. Sulla questione della "centralizzazione" ai fini della sostenibilità, del pareggio di bilancio, razionalizzazione e riduzione, in senso critico, F. Mastragostino, *op. cit.*, 20.

²⁰ A. Pajno, *op. cit.*, 549 ss. in particolare par. 11.

²¹ G. Napolitano, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2015, fasc. 2 636.

²² Il termine si intende qui in senso atecnico, posto che, la "funzione" degli acquisti non è finalizzata direttamente alla cura di interessi pubblici.

guate allo svolgimento delle stesse, verso altre amministrazioni considerate nuovi “centri”, istituiti per legge o per accordo tra le Amministrazioni deleganti²³.

Alla luce di queste considerazioni, non sembrerebbe dunque trattarsi di un ritorno al centro²⁴, ma, piuttosto, di un ritorno a più centri, poiché le periferie non trasferiscono le loro funzioni a «organizzazioni pubbliche complesse»²⁵ permananti esclusivamente dallo Stato, bensì anche a diversi soggetti, a volte espressione della loro stessa aggregazione (come si vedrà le centrali di committenza possono essere costituite anche da un insieme di Comuni oppure possono essere espressione di un ambito regionale).

Spesso tale processo – come si avrà modo di evidenziare – è stato compiuto dal legislatore nazionale nella necessità di corrispondere agli impegni europei per un'amministrazione più efficiente e per la realizzazione del pareggio di bilancio²⁶.

La questione attiene all'indagine sulla capacità amministrativa degli Enti territoriali – si pensi ai piccoli Comuni – di gestire, in concreto, le funzioni devolute intervenendo sui diversi contesti di crisi economica²⁷.

4. *La centralizzazione degli acquisti: genesi e finalità del processo*

Il settore che probabilmente più di tutti è stato coinvolto nel processo di centralizzazione è sicuramente quello degli acquisti di lavori, servizi e forniture, comunemente il settore degli appalti.

²³ Sulle questioni si rimanda a G.M. Racca, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, marzo 2017, 101 ss., par. 3; cfr. N. Bassi *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in Aa.Vv., *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 22.

²⁴ Cfr. C. Tubertini, *L'amministrazione regionale e locale nel contesto delle riforme della pubblica amministrazione*, in Aa.Vv. *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bologna, 2016, 85 ss. Sul punto A. Pajno, *op. cit.*, par. 13.

²⁵ L'espressione è utilizzata da G.M. Racca, *op. cit.*, par. 4.

²⁶ Anche in ambito europeo si assiste ad un'allocatione del potere verso Autorità sovranazionali proprio per la funzionalità di tale processo rispetto al principio di effettività del diritto dell'Unione: sul punto, B. Marchetti che rileva come la centralizzazione emerga soprattutto in determinati ambiti. La crisi finanziaria del 2008 l'ha prodotta nel settore bancario e finanziario. Come è noto, dalla crisi è scaturita, infatti, una centralizzazione dei compiti di regolazione e di vigilanza bancaria e finanziaria, che ha prodotto una radicale riforma dell'architettura istituzionale dell'Unione. A fronte del precedente quadro si è passati all'adozione di norme uniformi di settore e all'attribuzione di funzioni dirette di regolazione e di vigilanza micro-prudenziale a tre autorità europee (B. Marchetti, *Sviluppi recenti nell'amministrazione dell'Unione Europea: integrazione, disintegrazione o rigenerazione?* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2018, fasc. 2, 509 ss., par. 6). Cfr. A. Magliari, *La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2018, fasc. 2, 391 ss.

²⁷ Su questo è condivisibile l'opinione di A. Pajno, *op. cit.*, in particolare par. 12.

La strategia in materia di acquisti delle Pubbliche Amministrazioni in questi ultimi anni è stata spinta attraverso due direttrici: la programmazione e la centralizzazione²⁸.

In particolare, la centralizzazione deriva la sua espansione dalla forza propulsiva del legislatore nazionale, favorita dal diritto europeo²⁹.

Come accennato, nel settore degli appalti, l'evoluzione centralizzatrice può essere riconducibile all'esigenza di risparmio delle risorse pubbliche³⁰.

Infatti, ai soggetti aggregatori – inseritisi nella normativa più recente a fianco delle centrali di committenza³¹ – è affidato il compito di bandire procedure per la conclusione di contratti e convenzioni di maggior volume. Di modo che essi, aggregando le domande di ogni amministrazione aggiudicatrice che vi si rivolgono, beneficiano di quelle economie di scala che difficilmente si otterrebbero da procedure bandite “in solitaria” dalle singole amministrazioni³².

Sotto altro profilo, in termini di efficienza amministrativa, si è considerato che la centralizzazione della spesa eliminerebbe i «costi di transazione» che le piccole pubbliche amministrazioni dovevano porre a bilancio per gestire i procedimenti di gara³³ e che, l'art. 113 c. 5 del D.lgs. 50/16, circoscrive e cristallizza

²⁸ Secondo la norma europea, per centrale di committenza si intende «un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie» (art. 2 par. 1, n. 16, Dir. UE 24/2014).

Per un'analisi del fenomeno della centralizzazione, oltre alla dottrina che richiamerà nel prosieguo, si rinvia all'approfondito saggio di G. Fidone, F. Mataluni, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amm.*, fasc. 11, 2014, 2995 ss. Che si sofferma soprattutto sulle ultime evoluzioni normative. Inoltre si rinvia a W. Gasparri, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in Aa.Vv., *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013; G.M. Racca, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 2014.

²⁹ Da ultimo è all'art. 37 della Direttiva UE 24/2014 che il legislatore europeo ha previsto che gli Stati membri possano prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di acquistare forniture e/o servizi da una centrale di committenza che offre l'attività di centralizzazione delle committenze. Al 59° considerando della stessa Direttiva, si rileva infatti che l'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, è evidentemente connessa al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti.

³⁰ B.G. Mattarella, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5, 613.

³¹ Sull'evoluzione delle due figure soggettive si preciserà nel prosieguo della trattazione.

³² *Ibidem*.

³³ Sulla nozione di costi di transazione, M. Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 547. È stato osservato come «l'obbligo di esperire una procedura a evidenza pubblica imposto alle amministrazioni pubbliche dalla normativa sui contratti pubblici grava quest'ultime di quello che nel linguaggio degli economisti va considerato come un «costo di transazione». Infatti, le procedure a evidenza pubblica, articolate in fasi complesse con adempimenti defatiganti, comportano costi diretti in termini di risorse finanziarie e professionali da impiegare e indiretti in termini di tempi spesso molto lunghi per il loro esperimento, tenuto anche conto delle frequenti contestazioni in sede giudiziaria» (M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1-2, 2016, 71, par. 2).

nell'ambito della percentuale del 2% dell'importo di ogni contratto, a beneficio del personale della centrale unica di committenza³⁴.

Si favorirebbe, in questo senso, la nascita di un "compratore" pubblico professionale che mette in salvo le procedure dalle inefficienze delle piccole stazioni appaltanti³⁵.

Infine, i centri di acquisto, riunendo più procedimenti riguardanti le esigenze di approvvigionamento di più pubbliche amministrazioni, raccolgono una quantità di dati ingente sull'attività contrattuale della Pubblica amministrazione³⁶.

Ciò permetterebbe di individuare in maniera più corretta i fabbisogni standard per ciascun tipo di amministrazione, rilevare le anomalie nell'attività contrattuale delle singole amministrazioni, sviluppare programmi di acquisto e strategie di mercato per tipi di amministrazioni³⁷.

È proprio sulla base di queste stesse finalità che, il legislatore, prima europeo e poi nazionale, ha attuato nel corso degli anni passati, un disegno di trasferimento della funzione di acquisto di lavori, servizi e forniture dalla periferia (amministrazioni di limitate dimensioni) a nuovi "centri", ossia organizzazioni pubbliche complesse, istituiti per svolgere la funzione di acquisto.

Volendo individuare l'avvio del processo normativo di centralizzazione si deve far riferimento alla disposizione che, per prima, ha affidato al Ministero dell'Economia e finanze, avvalendosi di società di consulenza, il compito di cen-

³⁴ La norma prevede che «per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2».

³⁵ In dottrina, M. Clarich ha notato come si stima che le stazioni appaltanti, allo stato, siano circa 32.000. Nell'ottica di favorire l'aggregazione della domanda e di ridurre la platea delle amministrazioni aggiudicatrici puntando sulla professionalizzazione (si vedano, sul punto, i considerando nn. 59 e 69 della dir. 2014/23/UE) si muovono due interventi legislativi di recente adozione. Da un lato, con l'art. 9 della l. n. 89/2014, che ha convertito con modificazioni il D.L. 24 aprile 2014, n. 66, contenente «misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale» (decreto IRPEF), il legislatore ha coniato la figura dei "soggetti aggregatori" per l'acquisizione di beni e servizi, ad oggi ben trentatré. Dall'altro, con il nuovo Codice dei contratti pubblici si riforma la disciplina della centralizzazione della committenza (art. 37, d.lgs. n. 50/2016) e si introduce il meccanismo della qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38), vera novità del Codice, senza precedenti, neppure comunitari (M. Clarich, *op. cit.*, nota n. 15). Cfr. G.M. Racca, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, n. 3.

³⁶ B.G. Mattarella, *op. cit.*, 613.

³⁷ B.G. Mattarella, *ibidem*. L'A. rileva a questo proposito come la centralizzazione delle committenze, impedendo alle amministrazioni di scegliere – più o meno arbitrariamente – i propri contraenti, scoraggia la conclusione di contratti non realmente necessari, magari conclusi più per favorire la controparte che per soddisfare un interesse pubblico o a condizioni meno favorevoli, in virtù di un'asimmetria informativa tra compratore pubblico e imprese partecipanti alle procedure di gara (B.G. Mattarella, *op. cit.*, 613). Sul punto, altra parte della dottrina ha sottolineato che l'affidamento della funzione di acquisto a Soggetti aggregatori specializzati permetterebbe di superare il problema della c.d. asimmetria informativa che emerge quando l'Amministrazione è, per sua natura, un soggetto meno informato del privato sull'oggetto del contratto sulle condizioni alle quali conviene concluderlo (G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*, Paragrafo n. 3).

trale di committenza per la stipulazione di convenzioni³⁸. Si tratta, come noto, dell'art. 26 L. n. 488/1999 (Finanziaria per l'anno 2000), che ha inaugurato, il c.d. sistema Consip.

Il processo di centralizzazione viene parallelamente rinvigorito dal legislatore comunitario che, con la Direttiva del 2004 in tema di appalti³⁹, introduce una norma relativa alla «centrale di committenza»⁴⁰. Il legislatore nazionale recepisce l'istituto all'art. 33 del previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 163/2006)⁴¹. Secondo la direttiva, la centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice che acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici. La nozione di centrale di committenza viene, nel contempo, introdotta nel sistema a livello regionale⁴² e utilizzata dal legislatore nazionale anche come strumento di lotta alle infiltrazioni della criminalità organizzata⁴³.

Il processo è proseguito con l'art. 23 del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201⁴⁴, ove si imponeva, in capo ai Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia, un obbligo in capo di delegare la funzione di acquisto di lavori, servizi forniture.

Il legislatore nazionale, tuttavia, lasciava la facoltà di decidere la forma di organizzazione: e, infatti, o viene scelta la centrale di committenza o si delega alle unioni dei comuni, ovvero si costituisce un apposito accordo consortile tra i

³⁸ Parte della dottrina sottolinea che la nozione di centrale di committenza è stato introdotto nell'ordinamento italiano ancor prima delle direttive europee del 2004 in tema di appalti (sul punto G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*, nota n. 72, cfr. C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in Aa.Vv., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, Torino, 2010), cfr., R. Caranta, *Le centrali di committenza*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto pubblico negli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli M.A. Sandulli, Milano, 2005, 263.

³⁹ Direttive 2004/18/CE (disciplina dei contratti pubblici nei settori ordinari) e 2007/17/CE (disciplina dei contratti pubblici nei c.d. settori speciali dell'acqua, energia, trasporto e servizi postali). Sul tema tra i molti testi, R. Caranta, *op. cit.*, 261 ss.

⁴⁰ Art. 1 par. 10, Dir. 2004/18/CE.

⁴¹ L'art. 33 del D.lgs. 163/2006, nella sua versione originaria, prevedeva: «Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori possono acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso a *centrali di committenza*, anche associandosi o consorzandosi». Nel contesto della legge finanziaria per l'anno 2007 (L. 27 dicembre 2006 n. 296) veniva inserita una disposizione che prevedeva ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, l'istituzione a livello regionale di centrali d'acquisto, ai sensi dell'art. 33 D.lgs. 163/2006, in favore degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e di altre amministrazioni (art. 1 c. 455).

⁴² Art. 1 c. 455 L. 27 dicembre 2006 n. 296.

⁴³ Con l'art. 13 L. 13 agosto 2010 n. 136 recante «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia» viene introdotta la SUA Stazione Unica Appaltante. In attuazione il DPCM 30 giugno 2011 prevede al secondo comma dell'art. 2 che la SUA ha natura giuridica di centrale di committenza e cura per conto degli enti aderenti l'aggiudicazione di contratti pubblici. Dunque sono riconducibili alla SUA anche le Centrali di committenza non qualificate.

⁴⁴ La norma è stata successivamente abrogata dall'art. 217 comma 1 lett. w) del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 50/16).

comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici (così prevedeva l'art. 23 c. 4 D.L. 201/11).

Dunque, la facoltà di delegare gli acquisti alle centrali di committenza prevista nel Codice dei contratti del 2006, come innovato dalla novella del 2011, diventava un vero e proprio obbligo per le Amministrazioni minori. La disposizione era coerente con l'istituzione delle centrali uniche regionali, prevista dalla normativa sopra richiamata.

Successivamente, dal 2012, con l'accentuarsi della crisi economico finanziaria e l'avvio del processo di *spending review*, il legislatore ha ampliato, sempre più, il perimetro soggettivo e oggettivo di azione delle centrali di committenza⁴⁵.

È proprio in questo contesto che la nozione di centrale di committenza si scollega dall'autorità statale.

Gradualmente, le Centrali di committenza aumentano e sono coinvolte non solo le amministrazioni centrali, ma anche le Regioni⁴⁶, le Province⁴⁷, e, infine, le società a partecipazione pubblica⁴⁸.

È con l'art. 9 D.L. 24 aprile 2014 n. 66 convertito in L. 89/14 che il panorama si evolve ulteriormente, con l'introduzione di una nuova nozione, quella di soggetto aggregatore⁴⁹, che si distingue dalla centrale di committenza⁵⁰. Viene, di conseguenza, costituito, all'interno dell'Anagrafe unica delle Stazioni appaltanti⁵¹, l'elenco dei soggetti aggregatori (art. 9 c. 1).

⁴⁵ L'art. 9 c. 4 D.L. n. 66/14 ha poi stabilito che l'obbligo di centralizzare è rivolto ai Comuni non capoluogo di provincia. Sul tema delle centralizzazioni si rinvia a L. Fiorentino, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4, 436.

⁴⁶ Già l'art. 1 c. 455 della Finanziaria per l'anno 2007 aveva previsto che fosse istituita una centrale di committenza per ogni regione.

⁴⁷ All'art. 1 c. 88 L. 7 aprile 2014 n. 56 (Legge "Del Rio") si prevede che «la Provincia può altresì d'intesa con i comuni, esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive». La medesima previsione è contenuta al c. 4 lett. c) relativamente alle Città metropolitane.

⁴⁸ Non sembra invece possibile che l'attività di committenza possa essere affidata a Società con partecipazione anche privata, sulla base di un'interpretazione non condivisibile dell'art. 37 par. 4 della Direttiva 24/2014, cfr. T.A.R. Lazio 22 febbraio 2016 n. 2339.

⁴⁹ La nozione di soggetto aggregatore è una tipologia più circoscritta e definita del più ampio *genus* di centrale di committenza (L. Fiorentino, *La legge di bilancio per il 2017. Gli acquisti delle pubbliche amministrazioni nella legge di bilancio per il 2017*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2, 194) essa presuppone, quanto a funzione, quella di centrale di committenza, ma nel contempo, la supera, costituendo la prima forma evoluta della seconda, in quanto si tratta di centrale di committenza qualificata ed abilitata *ex lege* o tramite valutazione dell'ANAC e successiva iscrizione nell'elenco (di cui si tratterà a breve) all'approvvigionamento di lavori, beni e servizi per conto delle altre amministrazioni (Deliberazione ANAC 25 febbraio 2015 n. 3 e Delibera ANAC n. 3 del 24 febbraio 2014, sugli elementi di valutazione per l'iscrizione G. M. Racca, *Gli accordi*, cit., par. 4.1.).

⁵⁰ La differenza tra centrale di committenza e soggetti aggregatori è resa evidente dal Codice all'art. 3, ove per il primo si intende un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie mentre per il secondo ci si riferisce alle centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66.

⁵¹ Già istituita con l'art. 33 -ter D.L. 18 ottobre 2012 n. 179.

In attuazione dell'art. 9 comma 2 D.L. n. 66/14 viene adottato il DPCM 11 novembre 2014 che, con l'intento di evitare la proliferazione dei Soggetti aggregatori, stabilisce i requisiti per l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, ferma restando l'iscrizione di diritto già prevista per CONSIP dal legislatore⁵².

Nel frattempo, il legislatore europeo approva la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, in cui, per quel che interessa in questa sede, il Parlamento e il Consiglio rendendo evidenti le ragioni sottese al processo di centralizzazione degli acquisti, considerano che nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici «al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo»⁵³. E dunque, la possibilità di istituire centrali di committenza è contenuto nella disposizione di cui all'art. 37 della Direttiva 2014/24/UE.

Il Codice dei contratti adottato con D.lgs. 50/16 non fa altro che recepire le norme nazionali ed europee, prevedendo un sistema combinato di soggetti aggregatori (art. 38 D.lgs. 50/16)⁵⁴, nonché centrali di committenza istituite su base volontaria (art. 37 D.lgs. 50/16). Il legislatore ha previsto che i soggetti diversi

⁵² Per limitare la creazione di nuovi Soggetti aggregatori, al comma 5 dell'art. 9 D.L. 66/14 si era in effetti previsto: «In ogni caso il numero complessivo dei soggetti aggregatori presenti sul territorio nazionale non può essere superiore a 35». Ai sensi dell'art. 2 del DPCM, ai fini dell'iscrizione nell'elenco dei Soggetti aggregatori, il legislatore governativo sembra per lo più avere previsto un requisito solo di carattere esperienziale, oltre che un generico requisito organizzativo. «1. Richiedono l'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, se in possesso dei requisiti di cui al successivo comma 2, i seguenti soggetti o i soggetti da loro costituiti che svolgano attività di centrale di committenza ai sensi dell'art. 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 con carattere di stabilità.a) città metropolitane istituite ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56 e del decreto legislativo 17 settembre 2010, n. 156 e le province; b) associazioni, unioni e consorzi di enti locali, ivi compresi gli accordi tra gli stessi comuni resi in forma di convenzione per la gestione delle attività ai sensi del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 2. Ai fini dell'iscrizione all'elenco dei soggetti aggregatori, i soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, devono nei tre anni solari precedenti la richiesta, avere pubblicato bandi e/o inviato lettera di invito per procedure finalizzate all'acquisizione di beni e servizi di importo a base di gara pari o superiore alla soglia comunitaria, il cui valore complessivo sia superiore a 200.000.000 euro nel triennio e comunque con un valore minimo di 50.000.000 euro per ciascun anno. In sede di prima attuazione del presente decreto, rileva ai fini del possesso del requisito il triennio 2011-2012-2013».

In attuazione di quanto previsto dal DPCM, con determinazione ANAC n. 2 dell'11 febbraio 2015 sono state stabilite le modalità operative per la presentazione delle richieste di iscrizione. Con Deliberazione ANAC 17 gennaio 2018 n. 31 sono stati individuati in tutto 32 soggetti aggregatori che sono i Soggetti aggregatori regionali, le Province autonome e le Città metropolitane in possesso dei requisiti di cui all'art. 2 DPCM 11 novembre 2014.

⁵³ 69° Considerando Direttiva UE 24/2014

⁵⁴ In giurisprudenza si è osservato che il sistema di cui all'art. 9 D.L. n. 66/14 – con la nozione di soggetto aggregatore – viene confermato dal Codice che all'art. 213 ha affidato all'ANAC il compito di gestire l'elenco dei soggetti aggregatori (sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 maggio 2018, n. 5781). Sono ascritti di diritto, ex art. 38, CONSIP, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, INVITALIA, i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo dell'impresa, i soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 D.L. 66/14 e le Città metropolitane.

dai soggetti aggregatori *ex lege*, e dunque anche le stesse centrali di committenza, richiedano all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori (cfr. artt. 38 e 213 c. 4)⁵⁵.

L'art. 37 riprendendo l'art. 33 comma 3-*bis* D.lgs. 163/06, prevede che i Comuni non capoluogo di Provincia possano costituire centrali di committenza «associandosi o consorziandosi» nelle forme previste dall'ordinamento (art. 37 c. 4 lett. b), D.lgs. 50/16). Con DPCM – viene altresì stabilito – saranno «individuati gli ambiti territoriali di riferimento delle centrali, in applicazione di principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza e stabiliti i criteri e le modalità per la costituzione delle centrali di committenza in forma di aggregazione di comuni non capoluogo di provincia» (art. 37 c. 5, D.lgs. 50/16).

Con riferimento a tale ultimo aspetto, va segnalato che, recentemente, il Consiglio di Stato ha sollevato una questione pregiudiziale proprio riguardo alla tipizzazione dei moduli organizzativi delle centrali di committenza (unioni di comuni o consorzi di tipo pubblicistico) delineata all'art. 33 comma 3-*bis* del D.lgs. 163/06 (la disposizione è analoga a quella vigente e sopra ripresa di cui all'art. 37 c. 4 lett. b) D.lgs. 50/16). I Giudici di Palazzo Spada suppongono un contrasto della normativa nazionale con l'art. 1 par. 10 della Dir. 2004/18/CE (attualmente art. 2 par. 1 n. 16 Dir. 2014/24/UE) che, non ponendo alcun limite alle modalità di organizzazione delle Amministrazioni aggiudicatrici, osterebbe ad una normativa interna che ponga vincoli alle centrali di committenza, comprese, esse stesse, nella nozione di Amministrazioni aggiudicatrici. Viene sollevata dai Giudici anche una criticità della norma italiana rispetto ai principi di libera circolazione dei servizi e massima apertura della concorrenza, considerato che la «centrale di committenza è, per il diritto euro-unitario, un'impresa che offre il servizio dell'acquisto di beni e servizi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici»⁵⁶.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 213 c. 16 è istituito presso ANAC l'anagrafe delle stazioni appaltanti e l'elenco dei Soggetti aggregatori. Notano G. Fidone e F. Mataluni che non si tratta di una delega in bianco al Governo poiché la legge definisce quale presupposto di iscrizione la stabilità dell'attività di centralizzazione del soggetto e i valori di spesa ritenuti significativi (G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*, paragrafo 4).

⁵⁶ Cons. St. Sez. V, Ordinanza 3 gennaio 2019 n. 68, punto 10.3. Si sottolinea anche la circostanza che i servizi forniti dalle Centrali di committenza sono remunerate con corrispettivi da parte delle Amministrazioni che ne usufruiscono. Sul punto il Consiglio di Stato richiama la sentenza della Corte di Giustizia 20 ottobre 2005, causa C-246/03 *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, ove si è «ritenuto (§44) il "mandato di committenza" ovvero l'incarico affidato ad una persona giuridica di acquistare in nome e per conto del mandante beni e servizi, come una prestazione di servizi ai sensi del diritto comunitario (e le committenze come "prestatori di servizi)" e (§61) la legge francese esaminata (l. 85-704, successivamente modificata), che riservava detta prestazione solamente a persone giuridiche di diritto francese tassativamente enumerate, in contrasto con il principio della parità di trattamento tra i diversi prestatori di servizi» (punto 10.1). Altri richiami, sui diversi punti, a Corte Giust., sentenza 12 dicembre 2013 nella causa C-372-12 *Ministero dello sviluppo economico* sull'attività delle SOA; *idem*, sentenza 6 settembre 2011 nella causa C-108/10 *Scatolon*; *idem*, sentenza 23 aprile 1991, nella causa C-41/90 *Klaus Hofner e Elsen*; *idem* 25 ottobre 2001, nella causa C-475/99 *Ambulanz Glöckner*.

Rimandando alle conclusioni le ulteriori considerazioni, ci si limita, in tale sede, a notare come l'impostazione dei Giudici amministrativi propone un sistema di centralizzazione di committenza più fluido rispetto a quello configurato dal legislatore, in cui sia favorita, in maniera accentuata, la formazione di nuovi soggetti che svolgano tale funzione di accentramento degli acquisti.

Va infine osservato, per concludere la rassegna della normativa in materia di centralizzazione degli acquisti, che il nuovo Codice dei contratti pubblici legislatore prevede la necessità che le centrali di committenza si abilitino, se in possesso dei requisiti di carattere tecnico organizzativo previsti da un emanando DPCM (art. 38 c. 1 del Codice)⁵⁷; e ciò naturalmente al fine di garantire che tali soggetti possano effettivamente operare in maniera efficiente.

Tuttavia si tratta di un sistema che non è ancora a regime, giacché il Regolamento contenente i requisiti per la qualificazione non è ancora stato approvato e fintanto che ciò non avvenga, le centrali di committenza, ai sensi dell'art. 216 c. 10 del Codice, potranno svolgere le procedure in virtù della sola iscrizione nel registro delle Stazioni appaltanti⁵⁸.

Parte della giurisprudenza ha sostenuto che, fino a che non sarà approvata la disciplina attuativa dell'art. 38 D.lgs. 50/16, «ogni ente locale, previa iscrizione nell'anagrafe unica dell'ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l'aggiudicazione»⁵⁹. Tale orientamento, tuttavia, non sembra tener conto della circostanza che, sebbene si attenda l'approvazione del Regolamento per completare il sistema di qualificazione, la fonte primaria già impone ai Comuni non capoluogo di Provincia di delegare la funzione degli acquisti (art. 37 c. 4 del Codice degli appalti), confermando che la centralizzazione rimane un principio cardine degli appalti, a prescindere dall'attuale incompletezza del sistema di qualificazione.

4.1. *La nuova previsione contenuta all'art. 1 commi 162-165, 170 L. 30 dicembre 2018, n. 145. Il fenomeno della progettazione svolta dalla struttura "centrale". Primi quesiti interpretativi*

Una recente disposizione – contenuta nella Legge di bilancio per l'anno 2019 – ha introdotto, in materia di progettazione, un istituto che rimanda all'idea della "centralizzazione".

⁵⁷ Così è previsto dall'art. 38 c. 2 D.lgs. 50/16. Sembra che il DPCM da adottare dovrà essere più specifico rispetto al DPCM adottato nel 2014 in attuazione dell'art. 9 c. 2.

⁵⁸ A decorrere dall'approvazione del nuovo sistema di qualificazione, l'ANAC non rilascerà più il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che procedono all'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita (art. 38 c. 8).

⁵⁹ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 21 marzo 2019 n. 266.

Ci si riferisce ai commi 162 ss. dell'art. 1 L. 30 dicembre 2018 n. 145 che ha previsto l'istituzione di una «struttura» per «la progettazione di beni ed edifici pubblici» al fine di favorire gli investimenti pubblici (art. 1 comma 162). L'individuazione di tale soggetto e delle sue funzioni dovrà avvenire mediante Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Al comma successivo si prevede che, «ferme restando le competenze delle altre amministrazioni», la Struttura svolgerà le proprie funzioni «su richiesta delle amministrazioni centrali e degli enti territoriali interessati» che ad essa possono rivolgersi ai sensi dell'art. 24 c. 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici (Art. 1 comma 163), previa convenzione e senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti.

La norma specifica che l'istituto è finalizzato a «favorire lo sviluppo e l'efficienza della progettazione e degli investimenti pubblici, di contribuire alla valorizzazione, all'innovazione tecnologica, all'efficientamento energetico e ambientale nella progettazione e nella realizzazione di edifici e beni pubblici, alla progettazione degli interventi di realizzazione e manutenzione, ordinaria e straordinaria, di edifici e beni pubblici, anche in relazione all'edilizia statale, scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria, nonché alla predisposizione di modelli innovativi progettuali ed esecutivi per edifici pubblici e opere similari e connesse o con elevato grado di uniformità e ripetitività» (comma 163).

Il personale tecnico della Struttura svolge le attività di propria competenza in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nelle valutazioni tecniche, anche attivando opportune collaborazioni con gli altri organi dello Stato aventi competenze per le attività di cui trattasi. La Struttura può operare in supporto e in raccordo con altre amministrazioni, nelle materie di propria competenza (comma 164).

A fronte del dettato normativo è necessario interrogarsi su alcune questioni. Concetto cardine della novella è quello di progettazione.

Limitandosi in tale sede a qualche cenno generale, va osservato che, secondo una definizione condivisa anche dalla dottrina più recente, per progettazione di un'opera si intende l'insieme delle relazioni, dei disegni ed in genere degli elaborati tecnici atti a identificare con precisione le caratteristiche ed il contenuto dell'opera stessa cui successivamente l'appaltatore deve scrupolosamente attenersi nella fase di esecuzione dei lavori⁶⁰. Il progetto sarebbe «la rappresentazio-

⁶⁰ M. Mazzone, C. Loria, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Roma, 2011, 23 e più di recente, G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al Codice degli appalti*, in *Riv. Giur Edil.*, 2017, fasc. 4, 255 ss., par. 1. È, dunque, nel progetto che l'opera prende corpo ed assume la sua completa fisionomia, attraverso la precisazione delle sue caratteristiche e dei suoi elementi (G. Roehrsen, in *Lavori Pubblici (Voce)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990 ed. agg. del testo del 1985 a cura di R. D'Alessio, par. 17). Sull'attività di progettazione in dottrina si vedano i contributi di F. Zeviani Pallotta, *La progettazione dell'opera pubblica*, Milano, 1998; G. Roehrsen, in *Lavori Pubblici (Voce)*, in *Enc.*

ne del manufatto che serve al meglio all'interesse che ne ha suggerito la realizzazione in sede di programmazione, nel rispetto degli altri interessi che emergono dal territorio»⁶¹.

Sin dalla c.d. legge Merloni (l. 109/1994 e s.m.) il legislatore nazionale, tenendo conto della centralità della progettazione rispetto all'esecuzione dell'opera, ne ha definito un percorso suddiviso in tre livelli: preliminare, definitiva ed esecutiva⁶². Le scelte e le decisioni assunte in una fase, non potevano essere smentite nel livello successivo, salva la possibilità, limitata, di eventuali correttivi⁶³.

Tale impostazione fu sostanzialmente ripresa sia dal Codice dei contratti pubblici del 2006⁶⁴, che da quello attualmente in vigore⁶⁵. Le principali innovazioni, contenute all'art. 23 del D.lgs. 50/16, sono state introdotte «nell'ottica di assicurare principalmente la qualità architettonica, la semplificazione delle pro-

Giur., Roma, 1990 ed. agg. del testo del 1985 a cura di R. D'Alessio; M. Rotondi, *La progettazione*, in Aa.Vv., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2001, 257 ss.; C. Linda, A. Linguiti, *Nozione, livelli, incarichi di progettazione, corrispettivi e incentivi*, in Aa.Vv. *Trattato sui contratti pubblici*, III, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2231 ss.; D. Volpe, *La progettazione dell'opera pubblica*, in Aa.Vv., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, II, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala, Padova 2014, 1535 ss.; A. Barone, *Programmazione e progettazione nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 3.01.2018.

⁶¹ M. Rotondi, *op. cit.*, 258.

⁶² È stato osservato che «il progetto preliminare definisce, il progetto definitivo, individua, il progetto esecutivo determina» (M. Rotondi, *op. cit.*, 266). La disciplina della progettazione era contenuta negli artt. 16, 17 della legge quadro n. 109 del 1994 e dagli articoli da 15 a 70 del regolamento adottato con D.P.R. 554/1999. Prima dell'entrata in vigore della l. n. 109 del 1994, la progettazione poteva dirsi articolata in due fasi: i progetti di massima e di esecuzione, ove i primi erano volti a tracciare le linee fondamentali dell'intervento, consentendo al tempo stesso di valutarne la spesa necessaria, mentre i secondi si caratterizzavano per un livello di approfondimento assai maggiore, con studio dei particolari e degli elaborati necessari all'esecuzione dell'intervento stesso (G. Mastrodonato, *ibidem*).

⁶³ Sul punto, G. Mastrodonato, *ibidem*.

⁶⁴ Sul punto si rammenta che «le norme di cui all'articolo 93 del d.lgs. n. 163 del 2006, riproponendo sostanzialmente le disposizioni di cui all'art. 16 della l. n. 109 del 1994, avevano in seguito delineato tre livelli per la progettazione degli appalti e delle concessioni di lavori» (G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al Codice degli appalti*, in *Riv. Giur. Edil.* 2017, fasc. 4, 255 ss., par. 1).

La disciplina era contenuta negli artt. 90-112 bis del D.lgs. 163/06, nonché negli artt. 15-59 e artt. 252-270 del Regolamento adottato con DPR 207/10. *Ibidem*, cfr. L. R. Perfetti, *La progettazione*, in Aa.Vv., *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, a cura di G. Carlotti, Roma, 2011, p. 375; Id., *Livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori. Commento all'art. 93*, in Aa.Vv., *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. R. Perfetti, Milano, 2013, 1238.

⁶⁵ Come modificato dal D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 e dal D.L. 32/19 convertito in L. 14 giugno 2019 n. 55.

cedure di verifica preventiva dei progetti»⁶⁶ e «il principio di continuità nello sviluppo dei livelli di progettazione»⁶⁷.

Con riferimento allo svolgimento dei compiti di progettazione⁶⁸, il Codice vigente, propone un modello che permette alle Stazioni appaltanti di avvalersi, indifferentemente, delle proprie strutture interne oppure di ricorrere a professionalità esterne, anche a soggetti privati oppure al personale tecnico dipendente di altre amministrazioni (cfr. art. 24 lett. c del Codice)⁶⁹.

È proprio in questo ultimo ambito, che si inseriscono le nuove disposizioni contenute nella legge finanziaria per l'anno 2019, poiché, al comma 162 dell'art. 1, il legislatore delinea, come già accennato in premessa, un'apposita Struttura per la progettazione di «beni ed edifici pubblici» che evidentemente potrà operare su delega di altre pubbliche amministrazioni. L'oggetto della progettazione viene precisato ed ampliato nel successivo comma: si fa riferimento, infatti, non solo a nuove opere, ma anche a lavori di ristrutturazioni e manutenzioni di vario genere (comma 163 ultima parte, art. 1 L. cit.), andando a ricomprendere, più correttamente, ogni opera pubblica⁷⁰.

Nell'intenzione del legislatore, dunque, la nuova struttura dovrebbe svolgere «servizi di assistenza tecnica» alla Stazioni appaltanti (si indicano, nel testo, le amministrazioni statali e gli enti territoriali), nonché servizi volti ad «assicurare standard di qualità per la preparazione e la valutazione dei progetti da parte delle

⁶⁶ F. Pellizer, *La programmazione e la progettazione*, in Aa.Vv., *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2019, 277 a cui si rinvia per una trattazione analitica. In particolare, con riferimento al primo aspetto, vedasi Linee guida n. 1 ANAC adottate con Delibera ANAC n. 973/16 aggiornata con Delibera n. 138/2018, volte a garantire «la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti...anche al fine di garantire la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici ...» (Linee Guida, cit.); con riferimento al secondo aspetto si richiama invece l'art. 26 del D.lgs. 50/16 come novellato dal D.lgs. 56/17 e l'art. 25 in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico.

⁶⁷ Un esplicito riconoscimento a tale principio è presente nel comma 12 dell'art. 23 D.lgs. 50/16 secondo cui la progettazione definitiva ed esecutiva dovrebbero essere svolte preferibilmente dal medesimo soggetto al fine di garantire omogeneità, coerenza e chiarezza nei libelli di responsabilità professionale. Sul principio, F. Pellizer, *op. cit.*, 281.

⁶⁸ Si evidenzia che, ai sensi dell'art. 59 del Codice, non è più possibile ricorrere all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori (c.d. appalto integrato) tranne nei casi previsti nell'ultima parte del comma 1 (finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato), comma 1 *bis*, e comma 4 *bis* dell'art. 216.

⁶⁹ La nuova disciplina si differenzia dalla precedente, ove la preferenza era accordata in via ordinaria ai tecnici interni: il Codice vigente muove dall'affermazione generale della piena fungibilità tra progettazione interna ed esterna (art. 24 c. 1 D.lgs. 50/2016) (F. Pellizer, *op. cit.*, 278).

⁷⁰ La nozione è evidentemente più ampia rispetto ai beni ed edifici pubblici. La questione riporta all'antico dibattito sulla nozione di «opera pubblica», contenuta in molte leggi: ci si chiedeva se nella locuzione potessero essere comprese anche quelle opere che «quando l'azione amministrativa sarà giunta al suo termine non rimarranno di proprietà esclusiva dei pubblici poteri ma di privati» (M.A. Carnevale Venchi, *Opere Pubbliche* (Voce), in *Enc. Dir.* XXX, 1980, 373 ss., par. 6). La risposta non poteva che essere positiva: si riteneva «opera pubblica» ogni intervento del pubblico potere volto ad ottenere una modificazione durevole del mondo fisico che interessa la collettività (cfr. M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 7).

amministrazioni pubbliche centrali e periferiche»⁷¹. Si tratterebbe, in altri termini, di un nuovo «centro di competenze»⁷².

Dal punto di vista strutturale, è necessario chiedersi se la nuova Struttura di progettazione, che sarà in grado di operare solamente successivamente all'adozione del DPCM a cui l'art. 1 c. 162 rinvia, sia un Organo incardinato in un'Amministrazione statale oppure un soggetto giuridico pubblico autonomo⁷³.

Gli elementi a supporto della prima opzione appaiono prevalere. Oltre al mutamento di locuzione da «centrale» a «struttura» di progettazione, avvenuta nel corso dei Lavori parlamentari⁷⁴, infatti, va osservato che, con l'approvazione del testo definitivo, sono scomparse sia la previsione per cui la Centrale avrebbe dovuto operare «in autonomia amministrativa, organizzativa e funzionale»⁷⁵, sia quella contenente il riferimento all'indipendenza delle «valutazioni della Centrale nell'esercizio delle funzioni ad essa demandate»⁷⁶.

Il comma 162 dell'art. 1 L. finanziaria delinea dunque una struttura di progettazione da individuarsi nell'ambito della Presidenza del Consiglio dei Ministri o dell'Agenzia del Demanio⁷⁷.

L'ipotesi interpretativa opposta, e cioè che la nuova struttura si atteggi a soggetto autonomo, potrebbe trarre qualche presupposto dal comma 163 secondo cui la struttura opererebbe «previa convenzione» (comma 163, cit.). Tuttavia, va rilevato che la disposizione non specifica chi sia la parte contraente in tale con-

⁷¹ Relazione al Disegno di legge di Bilancio integrato 2019-2021, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, A.C. 1334, p. 120

⁷² Così la Relazione al Disegno di legge di Bilancio integrato 2019-2021, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, A.C. 1334, p. 119

⁷³ È certa, come illustrato nei paragrafi precedenti, la natura di soggetti giuridici autonomi dei soggetti di aggregazione degli acquisti (soggetti aggregatori e centrali di committenza).

⁷⁴ La prima era contenuta nella versione in discussione alla Camera.

⁷⁵ Art. 17 disegno di legge A.C. 1334, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati. Sulla rilevanza dell'autonomia organizzativa ai fini della qualificazione, si rinvia a G. Bottino, *Amministrazione e funzione organizzativa*, Milano, 2008, p. 64 ss. Si richiama anche la sempre illuminante monografia di F. Benvenuti. Il Maestro affermava che «una delle caratteristiche di tutti gli enti pubblici, costituenti la Pubblica Amministrazione, è che essi possono dettare delle norme giuridiche materiali allo scopo di disciplinare la propria struttura e la propria attività» (F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione italiana*, Padova, 1996, 246; l'illustre giurista la qualificava come espressione dell'autonomia, differenziandola dalle espressioni di autarchia e di autotutela).

⁷⁶ Comma 2, art. 17 Disegno di legge di Bilancio integrato 2019-2021, Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, A.C. 1334). Di significato più tenue è invece la disposizione per cui il personale della struttura opererà «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nelle valutazioni tecniche» (comma 164, art. 1 L. Bilancio 2019).

⁷⁷ Depone a favore della prima opzione il fatto che l'organizzazione e le funzioni saranno determinate da un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 1 comma 162), mentre a favore della seconda opzione la previsione per cui gli oneri connessi all'istituzione e al funzionamento della struttura nonché gli oneri legati all'assunzione del personale saranno autorizzati a favore dell'Agenzia del Demanio (art. 1 combinato disposti commi 170 e 106 L. 145/18).

venzione – si dovrà attendere il DPCM – né esclude che la struttura possa aderirvi quale Organo dell'ente in cui è incardinata⁷⁸.

Piuttosto, è utile, a questo punto, soffermarsi sui profili di criticità della nuova norma rispetto all'art. 97 c. 2 Cost. e al principio di legalità.

Si è già esposto che il legislatore finanziario ha attribuito ad una fonte non regolamentare, qual è il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri⁷⁹, il compito di disciplinare l'organizzazione e le funzioni della futura struttura⁸⁰.

A questo proposito, già in anni passati, e sempre con riferimento ad una disposizione finanziaria (all'art. 1 comma 327 della Legge 28 dicembre 2015 n. 208)⁸¹, una parte della dottrina aveva rilevato come la previsione normativa che indicava un DPCM o un DM quale strumento per disciplinare l'organizzazione ministeriale, sollevasse molti interrogativi in ordine alla compatibilità con la riserva di legge in tema di organizzazione ministeriale di cui agli artt. 95 comma 3 e 97 comma 2 Cost.⁸².

I dubbi sono poi stati risolti in senso positivo, ritenendo tale disposizione compatibile con il dettato costituzionale. Tanto il DPCM quanto il DM, si era osservato, «sono da considerarsi tipi di fonti secondarie adottabili da autorità di Governo, ulteriori rispetto ai regolamenti, e si inquadrano nell'ampio fenomeno della dilatazione dei poteri normativi affidati ad autorità amministrativa [...omissis...] essendo il sistema delle fonti chiuso a livello primario ma che altrettanto non potendosi dire per le fonti secondarie la configurazione del DPCM e del DM [...omissis...] come fonti secondarie non incontra ostacoli di ordine costituzionale»⁸³. Altra parte della dottrina ha, pur tuttavia, avvertito sul rischio

⁷⁸ In generale, sull'immedesimazione organica, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 322.

⁷⁹ Si rammenta che i regolamenti sono adottati ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 4-bis, art. 17 L. 400/88, con DPR secondo un procedimento piuttosto complesso rispetto al procedimento per l'adozione di un DPCM o di un decreto ministeriale.

⁸⁰ Il ricorso ai Regolamenti per la disciplina della «organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge» è previsto pacificamente dall'art. 17 comma 1 lettera d) L. 23 agosto 1988 n. 400 recante *Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*. In attuazione della legge Bassanini, per i singoli Ministeri, l'art. 4 del D.lgs. 30 luglio 1999 n. 300, recante *Riforma dell'organizzazione del Governo a norma dell'art. 11 legge 15 marzo 1997 n. 59*, prevede che «L'organizzazione, la dotazione organica, l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale generale ed il loro numero, le relative funzioni e la distribuzione dei posti di funzione dirigenziale, l'individuazione dei dipartimenti, nei casi e nei limiti fissati dalle disposizioni del presente decreto legislativo, e la definizione dei rispettivi compiti sono stabiliti con regolamenti o con decreti del ministro emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, della legge 23 agosto 1988, n. 400».

⁸¹ La norma aveva affidato ad un decreto di natura non regolamentare del Ministro dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo la riorganizzazione degli uffici dirigenziali, anche di livello generale del Ministero.

⁸² G. Sciallo, *In tema di ordine delle fonti dell'organizzazione ministeriale*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 2016, 2, par.3.

⁸³ G. Sciallo, *ibidem*. La scelta di delegare ai decreti ministeriali, anziché ai regolamenti, il compito di disciplinare l'organizzazione, sembra una tendenza, seppure criticabile, ormai irreversibile: «Nella prospettiva della introduzione di maggiore flessibilità nella disciplina dell'organizzazione dei Ministeri... è possibile ipotiz-

che tale prassi possa degenerare nel caso in cui nella veste formale di un DPCM siano incorporate vere e proprie norme dal punto di vista sostanziale. Ciò indubbiamente contrasterebbe con l'art. 97 Cost.⁸⁴

Alla luce di queste considerazioni occorre dunque vagliare la compatibilità del comma 162 dell'art. 1 L. 145/18, ora in analisi, con il quadro costituzionale.

Innanzitutto, si nota che il comma 162 citato non stabilisce i tratti essenziali della disciplina dell'organizzazione e del funzionamento della nuova struttura. Dunque, è evidente che il DPCM cui la fonte primaria rinvia, non potrà limitarsi a contenere disposizioni meramente attuative e di dettaglio⁸⁵, ma dovrà recepire vere e proprie norme di organizzazione dotate dei caratteri di generalità ed astrattezza⁸⁶.

In questo senso, è anche arduo poter ritenere che un atto quale il DPCM previsto dal comma 162 dell'art. 1 cit., possa essere fungibile rispetto ad un Regolamento di organizzazione, considerato che la nuova norma finanziaria non impone, per la sua approvazione, il procedimento di garanzia previsto invece dall'art. 1 c. 327 L. 208/2015, oggetto del contributo dottrinale sopra richiamato⁸⁷.

zare anche il superamento del binomio regolamento di organizzazione – decreti ministeriali che attualmente caratterizza le fonti dell'assetto dei ministeri, con l'assegnazione del potere organizzativo al solo ministro» (G. Sciuillo, *op. cit.*, par. 4 *Conclusioni*).

⁸⁴ Su tali prassi cfr. D. Girotto che osserva che sia in dubbio la conformità dei decreti ministeriali «ai principi che reggono il sistema costituzionale delle fonti, quando la loro natura sostanziale non corrisponda al *nomen iuris*, rivelando caratteristiche proprie di un atto normativo»; l'Autore nota come la *ratio* dell'utilizzo dei decreti ministeriali «è stata immediatamente ricostruita dalla dottrina, che ha evidenziato una duplice finalità elusiva perseguita dal Governo, quando si verifichi la dissociazione tra veste formale e contenuto sostanziale: per un verso, non vengono osservati i vincoli previsti dall'art. 17 legge n. 400/1988... e per altro verso si consente in alcuni casi di incidere sulla sfera di competenza delle regioni [...]» (D. Girotto, *L'organizzazione del Mibact nel sistema delle fonti*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 2016, 2, par.3)

⁸⁵ Diversamente nell'art. 1 c. 327 L. finanziaria per l'anno 2016, oggetto del contributo di G. Sciuillo, il decreto ministeriale sarebbe stato adottato «nel rispetto delle dotazioni organiche del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo di cui alle tabelle A e B del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 29 agosto 2014, n. 171, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, alla riorganizzazione, anche mediante soppressione, fusione o accorpamento, degli uffici dirigenziali, anche di livello generale, del medesimo Ministero» (comma 327 cit.)

⁸⁶ Sostiene la natura normativa delle norme di organizzazione, F. Sorrentino, il quale afferma che «la definizione dei compiti degli uffici amministrativi non può non essere esercizio di funzione normativa» (F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova 2004, 257). Tuttavia va segnalato che sulla natura delle norme di organizzazione vi è dibattito. Autorevole dottrina ha affermato che l'esperienza normativa offre un'ampia gamma di figure che si allontanano dallo schema della norma «nella sua forma pura» ossia connotata dalla generalità e astrattezza, ed è questo il caso delle norme organizzative. In esse, a differenza di quelle di comportamento, il criterio della generalità e dell'astrattezza non è sempre applicabile. Ed allora il carattere che va verificato ai fini di individuare correttamente una norma è il carattere della ripetibilità della norma ((V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova 1984, 26). Per una disamina sul punto G. Sciuillo, *In tema di ordine delle fonti dell'organizzazione ministeriale*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 2016, 2, par.3.

⁸⁷ Come invece previsto nell'art. 1 c. 327 L. finanziaria per l'anno 2016, ove si imponeva che il decreto ministeriale di riorganizzazione fosse emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 4-bis, lettera e), della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dell'articolo 4, commi 4 e 4-bis, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300.

A ciò si aggiunga un ulteriore elemento che attiene al principio di legalità: la nuova norma finanziaria contiene una delega al DPCM assai ampia ed eterogenea.

Come già notato, infatti, oltre alla questione organizzativa, il legislatore demanda al Presidente del Consiglio dei Ministri anche «la denominazione, l'allocazione [...] e le funzioni» della nuova struttura di progettazione (c. 162 cit.)⁸⁸.

Una tale impostazione, evidentemente, pone interrogativi sulla tenuta dell'art. 1 c. 162 rispetto al principio di legalità, codificato dall'art. 1 L. 241/90, secondo cui «l'autorità amministrativa è titolare dei soli poteri che la legge conferisce»⁸⁹.

Considerati i dubbi di legittimità costituzionale e l'incoerenza della nuova norma rispetto al sistema, è allora auspicabile un nuovo intervento del legislatore, per non incorrere in censure da parte del Giudice delle Leggi.

4.2. *Gli strumenti di "affidamento" diretto della progettazione alla Struttura di progettazione*

Si è già accennato come la nuova normativa devolva alla nuova «Struttura» il compito di svolgere le proprie funzioni «su richiesta delle amministrazioni centrali e degli enti territoriali interessati», che ad essa possono rivolgersi «ai sensi dell'art. 24 c. 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici», previa «convenzione», «senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti» (art. 1, comma 163, L. 145/18).

La scelta dell'amministrazione aggiudicatrice (che sia un'amministrazione centrale o un ente territoriale) è dunque caratterizzata da un'ampia discrezionalità.

La disposizione riprende, sostanzialmente, un istituto noto in dottrina come «affidamento». Era stato osservato come, nelle norme strumentali alla realizzazione di determinate opere pubbliche, fosse comune riscontrare una previsione che permettesse all'ente pubblico competente di affidare la progettazione agli organi tec-

⁸⁸ Con riferimento alle «funzioni», vi è da precisare che, nella versione approvata alla Camera dei Deputati, le stesse fossero definite nella norma stessa (Art. 17 comma 3 disegno di legge A.C. 1334, in Atti Parlamentari, Camera dei Deputati).

⁸⁹ F. Levi, *Legittimità (diritto amministrativo) (Voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano XXIV, 1974, 134. F.G. Scoca osserva che la dottrina pressoché unanime ritiene che il principio di legalità sia vigente, anche se si divide nell'individuare la fonte (o la consacrazione formale) in disposizioni espresse, costituzionali o di legge ordinaria (F.G. Scoca, *Attività amministrativa e legge (Voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, agg. VI, 2002, par. 7.) D'altra parte, non si può mancare dal rilevare come sempre più spesso si senta parlare di crisi del principio di legalità, anche sotto il profilo del primato della legge (formale): a questo proposito, «il primato della legge formale è fortemente contraddetto dalla prevalenza delle fonti normative comunitarie, dall'accrescimento (quantitativo e con riguardo al moltiplicarsi degli oggetti della disciplina) delle fonti secondarie (anche per effetto della cosiddetta delegificazione), dalla elaborazione giurisprudenziale di principi e di regole riguardanti l'attività amministrativa, anche al di là delle prescrizioni costituzionali e legislative» (F.G. Scoca, *op. cit.*, par. 8).

nici di altro Ente⁹⁰. Tale modalità era, dunque, considerata eccezionale, tanto che veniva definita da alcuni come sistema di progettazione per così dire «anomala»⁹¹ rispetto alla progettazione svolta dagli uffici interni della stazione appaltante.

L'istituto è stato ripreso nella norma generale sulla progettazione contenuta nel Codice dei Contratti pubblici. All'art. 24, al comma 1 lett. c)⁹², il legislatore delegato ha disposto che «per legge» possa essere previsto che le stazioni appaltanti si avvalgano di organismi di altre pubbliche amministrazioni per svolgere le prestazioni connesse alla progettazione (in alternativa alla progettazione interna o all'affidamento a soggetti privati). In questo senso, rinviando dunque a disposizioni speciali, la norma sembrerebbe attribuire, in coerenza con la dottrina richiamata, un carattere eccezionale della modalità organizzativa, rispetto alle altre ipotesi previste dall'art. 24 e cioè la progettazione interna e la progettazione ad opera di soggetti privati, previo concorso di progettazione. Senonché, più di recente di è ritenuto che, con l'approvazione del nuovo Codice dei Contratti, il legislatore abbia in realtà equiparato i moduli organizzativi con riferimento all'attività di progettazione: in altri termini, il Codice vigente muove dall'affermazione generale della piena fungibilità tra progettazione interna ed esterna ex art. 24 c. 1 D.lgs. 50/2016⁹³.

Dunque, l'ipotesi di affidamento della progettazione ad altri Enti non può essere considerata un'ipotesi derogatoria.

Piuttosto, è evidente che la recente norma finanziaria ampli l'utilizzo di tale modalità di progettazione, costituendone, essa stessa, una particolare *species*. Infine, critici sono i termini e le modalità di trasferimento dell'attività di progettazione alla nuova Struttura a cui fa riferimento la norma finanziaria.

Secondo la disposizione, infatti, ai fini dell'affidamento o delega della progettazione, la Stazione appaltante deve concludere una «convenzione» con la

⁹⁰ Sull'istituto dell'affidamento, M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 36. L'affidamento si distingue dalla delega amministrativa intersoggettiva e dalla sostituzione (A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, paragrafi 35 e 38). L'affidamento non si limita a precisare l'ambito oggettivo del trasferimento di poteri ma giunge al punto di indicare anche quali sono gli organi del delegato che devono agire (G. Roehrsen, *op. cit.*, 12, par. 17). L'A. minimizza la portata degli istituti posto che si tratta «nulla di più che figure di rilevanza organizzativa la cui origine e sussistenza va ricondotta alla carenza che l'Italia lamenta di appositi "uffici di progettazione", opportunamente attrezzati, in grado di disporre ogni tipo di progettazione o quasi, e di verificare le progettazioni esterne» M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 13. Cfr. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economica*, Bologna, 1982, 69.

⁹¹ L'espressione è di M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 13. L'Autrice richiama la necessità di tale formula organizzativa nei casi di realizzazione di opere particolari o urgenti come nel caso delle autostrade, ma anche nelle opere connesse all'urbanistica, per cui sono state costituite società come l'ITALSTAT e l'EDILSTAT, controllate dai grandi enti di gestione (M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 13).

⁹² Come noto alla lettera b) si prevede che «le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, al collaudo, ... possano essere affidate agli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire», mentre alla lett. c) richiamata dal comma 163 art. 1 della Finanziaria 2019, «agli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge» (art. 24 lett. b) e c) D.lgs. 50/16).

⁹³ F. Pellizer, *op. cit.*, 278.

Struttura per la progettazione, «senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti» (comma 163 cit.).

Con riferimento al primo aspetto, ossia la convenzione, già in passato, la dottrina aveva riscontrato come, nella prassi, l'affidamento della funzione di progettazione ad organi tecnici di altri Enti, fosse oggetto di un accordo tra amministrazione delegante e delegata⁹⁴. Dunque *nulla quaestio*.

Sul secondo aspetto, invece, rinviando all'ulteriore approfondimento in sede di conclusioni, si può osservare come l'istituzione di un nuovo Soggetto, cui venga affidata la progettazione da parte delle Stazioni appaltanti «senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti» (comma 163), rischi di incidere in maniera distorsiva sul mercato dei servizi di architettura e ingegneria, compresi, come noto, nell'ambito applicativo della Direttiva 2014/24/UE. Ed infatti, come evidente, gli operatori economici privati che offrono tali servizi, a titolo oneroso si troverebbero a competere sul mercato in condizioni di evidente disparità rispetto ai professionisti integrati nella struttura centralizzata.

5. Conclusioni

È opportuno, a questo punto, tracciare alcune riflessioni conclusive che, considerata l'ampiezza dell'indagine sopra proposta, riguarderanno tre profili.

Con riferimento al primo, ci si soffermerà sugli aspetti di concordanza e discordanza tra i diversi processi di accentramento sopra analizzati: lo sportello unico, da una parte, più strettamente connesso ad un ripensamento organizzativo, mentre, dall'altra parte, centralizzazione degli acquisti e centralizzazione della progettazione, presenti nella normativa più recente.

Successivamente (parr. 5.2.-5.3), riprendendo le osservazioni già, in parte, proposte al paragrafo n. 4, l'analisi si soffermerà sui vantaggi della centralizzazione degli acquisti e sui possibili effetti negativi derivanti da un utilizzo improprio dell'istituto.

Una riflessione più ampia, dovuta anche all'assoluta novità dell'istituto, verrà poi riservata alla struttura centrale di progettazione che desta molte perplessità rispetto all'art. 97 Cost. in materia organizzativa, nonché al diritto interno e sovranazionale.

⁹⁴ G. Roehrsen, *op. cit.*, 12, par. 17.

5.1. Analogie e differenze tra i processi di accentramento amministrativo

Nelle pagine che precedono si sono passati in rassegna diversi modelli di organizzazione riconducibili, se non altro in termini descrittivi, a fenomeni di centralizzazione o accentramento di funzioni, poteri o, in senso più ridotto, prestazioni connesse a funzioni.

Nel primo caso, l'accentramento delineato dal legislatore ai tempi delle riforme Bassanini e proseguito con norme più recenti, ha dato vita alla creazione, in virtù di un obbligo imposto ai Comuni, di unità organizzative funzionali alla decisione.

L'istituto, per come concepito nelle diverse norme che si sono susseguite, non incide sulle competenze; ma, senz'altro, delinea un tipo di "accentramento" a fini di semplificazione procedimentale.

Nel secondo caso, si è delineata per sommi capi l'evoluzione delle centrali di committenza e dei soggetti aggregatori, quali "centri" di acquisto delle pubbliche amministrazioni. In questo caso, il legislatore ha previsto la costituzione di veri e propri organismi pubblici dotati di personalità giuridica, non più articolazione di un'amministrazione specifica (possono essere frutto dell'aggregazione di più enti locali, oppure Enti di derivazione statale come CONSIP). In ultimo la struttura centrale di progettazione che rappresenta l'evoluzione della centrale di progettazione (così dai Lavori Parlamentari).

Si tratta, in quest'ultimo caso, di un ufficio dell'Amministrazione statale che sarà individuato a supporto delle altre amministrazioni, non si sa bene ancora in che termini.

È evidente che si tratta di modelli e fenomeni diversi.

Mentre l'accentramento della gestione del procedimento nel contesto dello Sportello Unico, rappresenta un fenomeno di "accentramento" organizzativo a favore del cittadino, la centralizzazione degli acquisti e l'affidamento della progettazione alla struttura centrale, attuano un trasferimento di funzioni o di prestazioni a servizio dell'ente e non degli amministrati; perciò si tratta, in questi due ultimi casi, di accentramenti «serventi l'autonomia e non esercizio dell'autonomia»⁹⁵ in conformità al disposto dell'art. 114 Cost.

Se, dunque, sul fenomeno dell'accentramento organizzativo cui dà origine lo Sportello Unico *nulla quaestio*, posto che si tratta di un elemento che innova il sistema a favore del cittadino, una precisazione va compiuta, nei paragrafi che seguono, con riferimento alla centralizzazione per gli acquisti e, di seguito ancora, riguardo la centralizzazione della progettazione nei lavori pubblici.

⁹⁵ R. Cavallo Perin, Relazione al Convegno *L'aggregazione per l'efficienza e l'integrità nei contratti pubblici*, Torino, 27 ottobre 2016. Cfr. M. Racca, *Gli accordi*, cit., par. 4.1.

5.2. *Elementi positivi e negativi del processo di centralizzazione degli acquisti*

Riguardo al processo di centralizzazione degli acquisti, non vi è dubbio che l'implementazione degli istituti ad esso riconducibili possa essere accolta con favore, per gli indubbi vantaggi già delineati nel corso del contributo (cfr. *supra* par. 4).

Si tratta, come già osservato, di vantaggi connessi all'efficienza e al risparmio di spesa.

In una recente Comunicazione della Commissione UE, si è sottolineato che «economie di scala e professionalizzazione della funzione appalti, con lo sviluppo di competenze utili alle organizzazioni di riferimento, sono favorite dall'attuazione di forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici, in particolare centrali di committenza, ove l'aggregazione della domanda pubblica anche a livello transfrontaliero e transnazionale favorisce l'integrazione tra amministrazioni dunque l'innovazione dei mercati»⁹⁶.

Le norme più recenti richiamate nel corso del contributo hanno, tuttavia, registrato un atteggiamento di prudenza verso la centralizzazione estrema. In tal senso, sembra vadano quelle disposizioni che, introducendo la nozione di soggetto aggregatore, hanno subordinato l'operatività delle centrali di committenza alla qualificazione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici⁹⁷.

In senso analogo, può essere interpretata un'altra norma – l'art. 33 D.lgs. 163/06 ripresa dall'art. 37 del nuovo Codice dei Contratti – che, proprio per il fatto che stabilisse una serie limitata di modelli organizzativi, di tipo pubblicistico, ai fini della costituzione delle centrali di committenza è stata oggetto di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE da parte del Consiglio di Stato⁹⁸.

La stessa preoccupazione mostrata ultimamente dal legislatore nazionale in ordine alla eccessiva proliferazione di “centri” per l'acquisizione di appalti emerge anche nella normativa europea.

⁹⁶ Commissione UE, *Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, COM (2017) 572, final, 3 ottobre 2017). Sul punto, G. M. Racca, *Gli accordi*, cit., par. 4.1.

⁹⁷ In particolare l'art. 9 c. 2 D.L. 66/14 combinato con l'art. 38 e 213 del D.lgs. 50/16 (si rinvia *Supra*, par. 4)

⁹⁸ Cons. St. Sez. V, Ordinanza 3 gennaio 2019 n. 68, *supra*, par. 4. In parziale difformità rispetto a quanto sollevato dal Consiglio di Stato, si può osservare che, seppure l'attività di centralizzazione è equiparabile ad un'attività d'impresa (punto 10.3 Ordinanza Cons. St. cit. con richiamo a Corte Giust. 20 ottobre 2005 causa C-264/03, punto 44), allorché tale attività non sia effettuata attraverso un contratto a titolo oneroso, non possa essere assoggettata alla disciplina della Direttiva 2014/24/UE. È il caso dell'attività di committenza svolta a beneficio di una Amministrazione aggiudicatrice in esecuzione di accordi tra pubbliche amministrazioni. Questo è, d'altra parte, quanto prevede la Direttiva stessa: «È anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva» (70° Considerando, Dir. cit.).

In tal senso, nella Direttiva UE 24/2014 si avverte che «l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI» (59° Considerando)⁹⁹. Una soluzione al problema è stata rinvenuta da parte degli interpreti in quelle previsioni, contenute sia nella Direttiva che nella normativa nazionale, che rendono possibile alle amministrazioni aggiudicatrici di suddividere i grandi appalti in lotti in modo da garantire la massima partecipazione anche delle PMI (78° considerando della Direttiva 2014/24/UE e art. 51 D.lgs. 50/16 Codice dei contratti pubblici)¹⁰⁰.

Si pone infine il problema se la centralizzazione degli acquisti non sottragga alle singole Stazioni appaltanti ogni possibilità di decidere di gestire in autonomia le gare, mediante ordinarie procedure, ove tale opzione operativa fosse più vantaggiosa¹⁰¹.

⁹⁹ Anche in dottrina si sono evidenziati i possibili rischi di un tale processo, specie con riferimento al pericolo di alterazione dei mercati, soprattutto a danno delle piccole e medie imprese, essendo noto che le Stazioni appaltanti aggregate pongono ad oggetto delle gare appalti di servizi e forniture di portata rilevante. Tali problematiche erano già state sollevate dall'Autorità Garante della Concorrenza con riferimento a CONSIP (Segnalazione AS 187 del 28 settembre 1999). In secondo luogo, si è evidenziato come un'eccessiva centralizzazione anche per acquisti su beni e servizi standardizzati e contratti di scarso rilievo economico comporterebbe un aggravamento delle funzioni dei soggetti aggregatori che potrebbero non essere più in grado di gestire le procedure (G. Fidone, F. Mataluni, *op. cit.*, par. 3).

¹⁰⁰ La scelta di suddividere l'appalto in lotti, tuttavia, non garantisce in assoluto la concorrenza e deve essere conforme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità (sul punto Cons. St. III Sez., 23 gennaio 2017, n. 272). Congiuntamente alla suddivisione in lotti la S.A. deve considerare alcuni aspetti determinanti quali, l'adeguatezza delle dimensioni dei lotti posti a base della gara (ove si tratta di lotti geografici), la possibilità di prevedere nel Bando un limite di lotti aggiudicabili allo stesso concorrente, etc. Con riferimento ad una gara CONSIP, il Consiglio di Stato ha affermato che: «le dimensioni dei lotti, i requisiti di fatturato richiesti, la possibilità di partecipare a più di lotti e il cumulo di requisiti imposto per questa eventualità sono sproporzionate rispetto alle esigenze di massima concorrenzialità e – come evidenziato dal Tribunale amministrativo – irragionevolmente lesive dell'interesse della stessa amministrazione a favorire la più ampia partecipazione di operatori privati al fine di conseguire i maggiori risparmi economici che solo un confronto competitivo ampio può assicurare» (Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038, punto 28).

In dottrina, si è poi dimostrato come «la scelta tra un contratto a lotto singolo versus lotti multipli dovrebbe essere guidata dalla funzione obiettivo della stazione appaltante (quale, ad esempio, massimizzare il rapporto qualità/prezzo) date le conoscenze a disposizione in merito a composizione e struttura del mercato, eventuali rischi di accordi collusivi e previsioni sulle conseguenze di lungo periodo della scelta operata» (G. Albano, A. Cipollone, M. Sparro, *Divisione in lotti, partecipazione e competizione nelle gare d'appalto*, in *Quaderni CONSIP*, 2/2016, p. 44; sul punto, si consideri quanto recentemente accaduto con riferimento alla gara CONSIP per servizi di manutenzione e pulizia di edifici pubblici, bandita in 18 lotti geografici (gara FM4), nell'ambito della quale è stata accertata un'intesa anticoncorrenziale tra alcune concorrenti in violazione dell'art. 101 TFUE; seduta 17 aprile 2019 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, per cui pende Giudizio presso TAR Lazio Roma, I sez., v. Ordinanze 18 luglio 2019 nn. 4906,4911, 4916, 4919, 4921, 4923, 4924).

¹⁰¹ In questo senso TAR Lazio II quater, 24 maggio 2018 n. 5781 ove si sottolinea che non vi è un obbligo del Comune ad aderire alla Convenzione di CONSIP per assicurare il servizio pubblico locale di illuminazione pubblica e dunque rimane la facoltà del Comune di affidare in concessione a seguito di ordinaria procedura ad evidenza pubblica. Si può solo derivare una «peculiare presunzione di convenienza» (Cons. St. sez. V, n. 2194/15) delle Convenzioni CONSIP non già una evidenza in tal senso.

A parte i profili di criticità appena sollevati, è infine opportuno evidenziare come, allo stato, il sistema della centralizzazione stia attraversando un momento di crisi connesso all'incertezza normativa in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti.

L'art. 38 del Codice non è infatti ancora a regime posto che ad oggi non è stato ancora adottato il DPCM che dovrà prevedere quali siano i requisiti che le Stazioni appaltanti e anche le centrali di committenza – per quel che interessa in tale sede – dovranno dimostrare di possedere ai fini della qualificazione¹⁰².

Per cui, nell'attuale sistema, si trovano ad operare, nello stesso ambito, sia Soggetti aggregatori qualificati *ex lege* o ai sensi del DPCM 11 novembre 2014 (si rinvia alla Deliberazione ANAC 17 gennaio 2018 n. 31), sia un numero imprecisato di Centrali di committenza non qualificate che svolgono la propria funzione in virtù della norma transitoria contenuta all'art. 216 c. 10 del Codice¹⁰³. In questo quadro di incertezza, recentemente, parte della giurisprudenza ha ritenuto di poter affermare che, fintantoché non sarà definito il quadro rispetto alla qualificazione delle Stazioni appaltanti, «ogni ente locale, previa iscrizione nell'anagrafe unica dell'ANAC, può bandire e gestire come autonoma stazione appaltante tutte le procedure di gara a cui sia interessato, senza che questo possa mettere a rischio l'aggiudicazione»¹⁰⁴.

5.3. *La struttura nazionale di progettazione: i profili critici*

Con riferimento alla nuova struttura nazionale di progettazione, invece, vanno spese alcune osservazioni a parte.

¹⁰² È critica in questo senso la relazione della Corte dei Conti, che rileva come le norme codicistiche sia sul sistema di qualificazione delle Stazioni appaltanti – con riduzione del loro numero – sia sul sistema di rating delle imprese siano ancora rimaste inattuata (Audizione della Corte dei Conti nell'ambito dell'attività conoscitiva sull'applicazione del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, *Atti del Senato della Repubblica*, VIII Commissione Lavori Pubblici, aprile 2019).

¹⁰³ Sul punto TAR Lazio II quater, 24 maggio 2018 n. 5781 ove si evidenzia: «La previsione legale di un numero massimo di 35 soggetti aggregatori non affronta però il problema della perdurante esistenza di altre centrali di committenza, che possono continuare ad operare sia pure fuori dall'ambito dei casi in cui le varie leggi che si sono succedute, nel prevedere obblighi di ricorso a centrali di committenza, facciano riferimento solo ai soggetti aggregatori». Se nell'ambito della legislazione esterna al Codice si prevede l'obbligo di ricorrere a Centrali di committenza qualificate (appunto, Soggetti aggregatori), il Codice contempla la possibilità di avvalersi anche di centrali di committenza diverse (TAR Lazio II quater, cit.).

¹⁰⁴ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 21 marzo 2019 n. 266, punto 22, Si afferma, che «la violazione del principio di aggregazione e centralizzazione delle committenze, anche nei casi previsti dall'art. 37 comma 4 del D.lgs. 50/2016, non è sanzionabile con l'annullamento dell'intera procedura di gara in mancanza di parametri precostituiti che consentano di misurare la sproporzione tra la complessità della procedura e le competenze tecniche della stazione appaltante. Questi parametri potranno essere forniti solo dal decreto che individuerà i requisiti tecnico-organizzativi di cui all'art. 38 comma 2 del D.lgs. 50/2016 per l'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate» (TAR Brescia cit., 23).

La recente norma finanziaria richiama, per molti versi, il fenomeno dell'accentramento degli acquisiti proprio perché la struttura centrale – “centrale” in senso tecnico, poiché di emanazione statale – svolgerebbe l'attività di progettazione a favore di altre Amministrazioni.

Tuttavia, in termini generali, appare evidente che la centralizzazione della progettazione su un'unica struttura centrale possa, una volta resa operativa dall'adozione del DPCM, condurre ad un progressivo svuotamento delle strutture tecniche delle singole stazioni appaltanti (sia centrali che territoriali, cfr. comma 163 art. 1, cit.). Ciò, evidentemente sulla scorta del fatto che risulterebbe più agevole, per le stesse, delegare la funzione progettuale al nuovo Ufficio centrale¹⁰⁵.

Si assisterebbe, dunque, ad un “deperimento” delle amministrazioni deleganti, soprattutto quelle locali¹⁰⁶. In questi stessi termini, d'altra parte, si era espressa un'autorevole dottrina con riferimento alla contrazione dei ruoli tecnici nell'amministrazione statale avvenuta sulla spinta legislativa del secolo scorso¹⁰⁷.

Rimangono ulteriori profili di criticità più specifici rispetto all'istituzione della struttura centrale di progettazione.

A non convincere è, innanzitutto, l'indeterminatezza del dettato normativo che demanda ad un D.P.C.M., la denominazione, l'allocazione, le modalità di organizzazione nonché le funzioni della futura struttura di progettazione (comma 162, art. 1 L. cit.). Sul punto, ci si limita a rinviare a quanto già evidenziato con riferimento al rischio che la nuova disposizione contrasti sia con l'art. 97 c. 2 Cost., contenente una riserva di legge in materia di organizzazione, sia con il principio di legalità in base al quale l'attribuzione del potere debba essere prevista in una norma di legge¹⁰⁸. Non vi è dubbio che il legislatore finanziario, rinunciando al compito di determinare i principi organizzativi della nuova struttura e delegandolo ad una

¹⁰⁵ I tecnici interni alle amministrazioni d'altra parte non rivendicherebbero di svolgere la propria funzione nell'ambito della progettazione considerata l'eliminazione degli incentivi ai fini del suo svolgimento. Art. 1 c. 1 lett. rrr) L. 11/16. Per le altre figure tecniche connesse all'esecuzione dell'appalto è previsto un incentivo – complessivo – pari al 2% dell'importo posto a base di gara. Tale principio è stato confermato dall'art. 113 c. 2 del Codice (D.lgs. 50/16) secondo l'ANAC (si rinvia alle Linee Guida n. 1 di attuazione del D.lgs. 50/18 «Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria» approvate dal Consiglio dell'ANAC con Deliberazione n. 973 del 14 settembre 2016). Recentemente all'art. 1 c. 1 lett. aa) del D.L. 18 aprile 2019 n. 32 il legislatore governativo aveva modificato l'art. 113 c. 2 del Codice prevedendo l'incentivazione anche per i progettisti: tuttavia tale novità non è stata confermata in sede di conversione del decreto legge (L. 14 giugno 2019 n. 55).

¹⁰⁶ La stessa locuzione è riconducibile al contributo di S. Cassese, *op. cit.*, 1983, 189 cfr. nota successiva.

¹⁰⁷ Il primo sintomo del «deperimento dell'amministrazione statale» è avvertito nella «progressiva trasformazione del ruolo dell'amministrazione statale da erogatore di servizi a privati a erogatore di denaro a enti pubblici, che, a loro, volta, erogano servizi a privati»; il «secondo sintomo è offerto dalla diminuzione dei tecnici nell'amministrazione. Interessata più al trasferimento di mezzi finanziari che all'erogazione di servizi, l'amministrazione vede il proprio personale trasformarsi» (S. Cassese, *op. cit.*, 1983, 189).

¹⁰⁸ *Supra* par. 4.1.

fonte-atto quale il DPCM¹⁰⁹, vada incontro ad una possibile censura da parte della Corte Costituzionale tenendo conto che, oltretutto, l'atto di futura adozione dovrà anche attribuire le funzioni che la struttura dovrà svolgere¹¹⁰.

Altre perplessità derivano dal confronto dell'art. 1 c. 162 ss. L. 145/18 rispetto al diritto dell'Unione.

Da una prima analisi della Direttiva 24/2014/UE emerge che l'affidamento dell'intera fase progettuale ad altra amministrazione, come previsto dalla norma, sia un assetto organizzativo inedito rispetto al diritto europeo.

All'art. 2 della stessa infatti il legislatore europeo individua tra le attività di committenza ausiliaria, la mera «consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto» (art. 2 par. 1 n. 15) lett. b), non già la delega della funzione progettuale.

Tuttavia, a favore della nuova norma interna, si potrebbe sostenere che essa non sia ostativa al diritto europeo in quanto, nel caso concreto, essa stabilisce una forma di maggiore flessibilità in termini organizzatori a beneficio delle Stazioni appaltanti¹¹¹.

Ciò che invece appare più critico è che la previsione di una Struttura centrale per la progettazione – ove fosse attuata con l'emanazione del DPCM – potrebbe incidere in termini restrittivi sul mercato dei servizi di architettura e ingegneria¹¹².

Il quesito, dunque, sarebbe volto a comprendere se la disposizione finanziaria osti al principio di libera concorrenza, considerato che in essa si prevede la possibilità di affidare in maniera diretta ad una struttura, dei servizi (di architettura e ingegneria) compresi, dal punto di vista oggettivo, nell'ambito applicativo della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰⁹ Sulla natura normativa delle norme di organizzazione, si rinvia F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova 2004, 257). È stato già osservato che sulla natura delle norme di organizzazione vi è dibattito. Autorevole dottrina ha affermato che nel caso delle norme organizzative, alcune non sono caratterizzate dalla generalità ed astrattezza. Ove esse si rivolgono nell'istituzione di un singolo ufficio l'esistenza del quale «sarà poi assunta presupposto nella fattispecie di ulteriori norme che regolano le attribuzioni e i rapporti con altri soggetti e norme», emerge il carattere della ripetibilità e fungono da valido indice della 'giuridicità' degli atti che le contengono (V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova 1984, 26), sul punto G. Sciuillo, *In tema di ordine delle fonti dell'organizzazione ministeriale*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 2016, 2, par.3.

¹¹⁰ Tuttavia, la recente previsione si inquadra nell'ampio fenomeno della dilatazione dei poteri normativi affidati ad autorità amministrative riscontrabile nella legislazione degli ultimi decenni (G. Sciuillo, *In tema di ordine delle fonti dell'organizzazione ministeriale*, in *Aedon - Rivista di arti e diritto on line*, 2016, 2, par. 3, cfr., ad es. P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino 2014, 577).

¹¹¹ Come noto, la disposizione nazionale entra in contrasto con la normativa nazionale solamente nel caso in cui stabilisca oneri maggiori o livelli di regolazione sovrabbondanti rispetto al livello minimo previsto dalle direttive non giustificati dalla tutela di fondamentali valori. Sul divieto di *gold plating, ex multis*, v. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss., M. Macchia, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. It. Di Dir. Pubbl. Com.*, 153, par. 2.

¹¹² Ci si riferisce ai servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici, i servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE (art. 3 lett. vvv) del Codice).

Ma sul punto occorre comprendere se realmente la Direttiva sia applicabile all'ipotesi delineata.

Va osservato, a questo proposito, che l'art. 1 della Finanziaria prevede che la nuova Struttura di progettazione «su richiesta delle amministrazioni centrali e degli enti territoriali», ai sensi dell'art. 24 c. 1 del Codice, svolga le proprie funzioni «previa convenzione e senza oneri diretti di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti» (c. 163 cit.).

Se dunque è indubbio, nella fattispecie, che sussista un rapporto di alterità della Struttura centrale di progettazione rispetto agli enti richiedenti (e dunque può configurarsi un contratto)¹¹³, è da chiedersi se nella «convenzione» tra Ente delegante e Struttura venga in rilievo il carattere della onerosità del contratto, che costituisce presupposto indefettibile ai fini dell'applicazione della Direttiva appalti¹¹⁴.

Occorre, allora, incentrare l'analisi sulla locuzione riferita all'assenza di «oneri diretti» di prestazioni professionali rese per gli enti territoriali richiedenti (comma 163 art. 1 L. cit.).

Tale espressione appare fin troppo ambigua.

Secondo una certa interpretazione, ove la locuzione «onere» fosse intesa in senso stretto¹¹⁵ e cioè come quota accessoria del corrispettivo, la disposizione lascerebbe a carico degli Enti beneficiari dell'attività di progettazione la presta-

¹¹³ Si è, infatti, evidenziato che «l'inesistenza di un vero e proprio rapporto di alterità giustifica la circostanza che un ente aggiudicatore non sia obbligato a rispettare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici allorché utilizza mezzi propri per adempiere i propri compiti, ossia quando si avvale di imprese che, pur avendo una personalità giuridica distinta, si confondono materialmente con l'ente stesso. Le procedure di aggiudicazione hanno senso solo quando avvengono tra due enti distinti e autonomi, poiché il loro scopo consiste esattamente nello stabilire tra le parti il rapporto giuridico (sinallagmatico) imprescindibile per concludere un contratto a titolo oneroso in condizioni di uguaglianza e non già di dipendenza o di subordinazione gerarchica» (Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sanchez-Bordona, del 27 aprile 2017, nella causa C-567/15 *UAB LitSpecMet*, punto 7.1).

¹¹⁴ Ai sensi dell'art. 1 par. 2 lett. a) della Direttiva 2004/18, ai fini della qualificazione di un accordo come appalto pubblico occorre il requisito dell'onerosità. La nozione di titolo oneroso richiede che alla prestazione del servizio da parte dell'offerente corrisponda un obbligo di remunerazione a carico del committente (punto 30, Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak presentate il 23 maggio 2012, causa C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*). Più di recente è stato affermato che «per rientrare nella nozione di appalti pubblici, un contratto concluso tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni giudicatrici deve essere stato concluso a titolo oneroso. Orbene, risulta dal senso giuridico abituale dei termini *a titolo oneroso* che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti s'impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Così, un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato» (punti 27-29, Corte Giust. 18 ottobre 2018 causa C-606/17, *Iba Molecular Italy s.r.l. c. Azienda ULSS n. 3 e altri.*, cfr. Corte Giust. 13 giugno 2013, causa C386/11, *Piepenbrock*, punto 31)

¹¹⁵ La nozione di onere è utilizzata in questo senso limitato in ambito lavoristico, ove l'onere è un accessorio della retribuzione: ad esempio con riferimento alle agevolazioni in termini di «oneri» per i contratti a tempo indeterminato, cfr. art. 1 c. 7 lett. b) L. 183/2014.

zione principale, il corrispettivo, al netto degli oneri previdenziali e fiscali. Ma, a ben vedere, la *ratio* di tale scomputo sarebbe difficile da rintracciare nel sistema. Dunque non rimarrebbe che intendere l'espressione onere in senso ampio e cioè come corrispettivo¹¹⁶. Ed allora, «senza oneri diretti» equivarrebbe a «senza corrispettivo» a carico dell'Ente delegante.

Superata questa prima ambiguità ne soverchia un'altra.

Si potrebbe, infatti, intendere che l'espressione «senza oneri diretti di prestazioni professionali» non escluda che l'Ente delegante, senza dover corrispondere alcun onere aggiuntivo, possa trasferire alla Struttura di progettazione, quella parte delle risorse finanziarie già individuate nel quadro economico dell'appalto. Si consideri infatti che, secondo l'art. 113 del Codice dei contratti pubblici, «gli oneri inerenti alla progettazione [...*omissis*...] fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti»¹¹⁷.

Una tale interpretazione condurrebbe ad un contrasto con il diritto dell'Unione per diverse ragioni.

Innanzitutto, perché il trasferimento di risorse economiche da Ente a Struttura centrale di progettazione, anche ove si intendesse quale mera copertura dei costi per le attività di progettazione svolte, caratterizzerebbe il rapporto in termini di onerosità¹¹⁸.

In secondo luogo, l'obbligo di applicare le norme UE relative agli appalti pubblici non potrebbe essere superato per il fatto che la nuova Struttura di progettazione nazionale sia riconducibile ad un Ente pubblico (lo Stato). Come noto, infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non ha escluso che un organismo di diritto pubblico possa rientrare nella nozione di operatore economico e dunque debba contendersi, al pari degli operatori privati, l'appalto nell'ambito delle procedure di gara imposte dal diritto dell'Unione¹¹⁹. Dunque, gli enti cen-

¹¹⁶ In maniera del tutto generica ad esempio è utilizzata la stessa nozione nella normativa in tema di enti locali disestati, ove con riferimento al costo del personale per i servizi forniti si dispone che i controlli sulla spesa devono riguardare gli «oneri diretti e indiretti di personale» (art. 243 c. 3, T.U. Enti Locali).

¹¹⁷ Comma 1, art. 118 D.lgs. 50/16: «Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialistiche necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti».

¹¹⁸ Non vi sarebbe differenza tra corrispettivo e rimborso dei costi. Ha osservato il Consiglio di Stato che la criticità si pone quando ci si trovi di fronte «un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi» Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849, punto 6.1. Si pensi all'incentivo introdotto all'art. 113 c. 5 del Codice per i compiti svolti dal personale della centrale di committenza.

¹¹⁹ Corte Giust. sentenza del 23 dicembre 2009, causa C 305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare c. Regione Marche*, punti 27-29. Ai sensi dell'art. 1, lett. c) della Direttiva 2004/18/CEE i

trali e nazionali non potrebbero affidare direttamente la progettazione alla Struttura motivando con riferimento alla sua natura pubblicistica.

Né, infine, come accennato, l'oggetto e la causa della convenzione di cui al comma 163 art. 1 L. 145/18 pare possa essere escluso dall'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva.

Ciò in quanto, essi non sembrano in alcun modo assimilabili all'oggetto e alla causa propri degli accordi tesi ad una cooperazione amministrativa tra Enti pubblici che, come noto, sono esclusi dall'applicazione del diritto UE sugli appalti¹²⁰.

Si rammenta, a questo proposito, che, secondo la giurisprudenza europea, affinché possa ravvisarsi un'ipotesi di cooperazione amministrativa o delegazione deve ricorrere innanzitutto un elemento teleologico, che consiste nel fatto che l'accordo tra i due Enti pubblici coinvolti è volto a «garantire l'adempimento di una

prestatori di servizi possono essere «le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici», pertanto, «la circostanza che il prestatore di servizi sia un ente pubblico distinto dal beneficiario dei servizi non osta all'applicazione della direttiva 92/50» Corte Giust. 9 giugno 2009 C-480/06 causa *Commissione c Rep. Fed. di Germania*, punto 33, cfr. sentenza 13 gennaio 2005, causa C84/03, *Commissione/Spagna*, punto 40. La giurisprudenza nostrana si è uniformata a questa impostazione solamente con Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 che, richiamando quanto statuito dalla Corte di Giustizia, ha affermato: «... Qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, ai sensi di quanto stabilito dalla Corte Giust. sentenza del 23 dicembre 2009, causa C 305/08, prestatore di servizi ex all. IIA più volte citato, e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi». Di contrario avviso era la stessa Sezione del CdS: sul punto si rinvia a Cons. St. Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707; 13 luglio 2010, n. 4539; 10 settembre 2010, n. 6548, ove si affermava che fosse legittimo l'affidamento – diretto – a titolo oneroso tra pubbliche amministrazioni di un servizio ricadente tra i compiti di uno degli enti.

¹²⁰ La cooperazione amministrativa si verifica quanto diverse amministrazioni aggiudicatrici «cooperano con l'intento di garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico», ad esempio un'intesa generale tra i comuni limitrofi secondo cui le loro rispettive bande musicali si esibiranno l'una alle feste cittadine dell'altra (documento di lavoro dei servizi della Commissione 4 ottobre 2011, concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici «cooperazione pubblico-pubblico», 6, par. 2, si rinvia altresì alle note successive per una definizione più estesa). La delegazione o cooperazione può assimilarsi all'istituto dell'*in house*, in quanto per entrambi il Soggetto pubblico incaricato di rendere la prestazione beneficia di un affidamento diretto. È stato correttamente evidenziato come nel diritto europeo «non è disciplinato solo l'*in house* ma anche la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici. Il primo è uno schema verticale, il secondo orizzontale. Ma l'ipotesi della cooperazione orizzontale tra amministrazioni rimane al di fuori dell'*in house* in quanto non comporta la costituzione di organismi distinti rispetto alle amministrazioni interessate all'appalto o alla concessione» (C. Volpe, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2015, fasc. 5, 1168 ss., par. 4). La dottrina nazionale ha osservato come la giurisprudenza europea rappresenti il tentativo di armonizzare i principi di tutela della concorrenza, presenti nel Trattato, con il potere di auto-organizzazione parimenti riconosciuto alle amministrazioni pubbliche degli Stati Membri. (F. Caringella, *L'affidamento in house*, in AA. VV., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, 2005, 231. Cfr. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

Recentemente è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione in ordine alla compatibilità europea delle norme nazionali che sfavorisce il modulo organizzativo *in house* rispetto all'esternalizzazione cfr. Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia del Cons. St. Sez. V, 7 gennaio 2019, n. 138. In dottrina R. De Nicolis, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 228 ss. Sulla libertà di scelta delle Stazioni appaltanti, C. Volpe, *op. cit.*, par. 5.

funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi»¹²¹. Inoltre, l'oggetto dell'accordo tra i due Enti pubblici dovrebbe consistere in una prestazione che ricade, dal punto di vista oggettivo, al di fuori di quelle previste dalla Direttiva appalti¹²².

Insomma, nel caso di specie non ricorre nessuno degli elementi sopra richiamati, tanto più che la progettazione, consistendo, per sua natura effettiva, in servizi di ingegneria o architettura o in servizi affini di consulenza¹²³, non vi è dubbio che vada affidata a soggetti terzi nel rispetto della direttiva¹²⁴.

Tenuto conto delle considerazioni sopra svolte, sembra dunque evidente che l'applicazione della nuova norma in materia di progettazione centralizzata non possa che escludere qualsiasi trasferimento finanziario dal bilancio dell'Ente delegante a quello dello Stato cui afferisce la Struttura, a fronte dell'attività di progettazione affidata¹²⁵.

¹²¹ Corte Giust. 9 giugno 2009, Commissione c. Germania, causa C480/06, punto 37. Più di recente Corte Giust. 19 dicembre 2012 causa C- 159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, punto 34-35, per cui la cooperazione è volta a soddisfare «esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico». Sul punto anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione 4 ottobre 2011, concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici «cooperazione pubblico-pubblico».

In dottrina, V. Chaminate, *Des possibilités de coopération accrues pour les collectives territoriales*, in *La Semaine Juridique* – édition générale, 2010, n. 363, 662. In ambito nazionale conforme alla giurisprudenza europea Cons. St. sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849, che distingue il contratto (disciplinato dalla normativa sugli appalti) dall'accordo organizzativo stipulato ai sensi dell'art. 15 LPA. Non sembra conforme T.A.R. Trieste, Sez. I, 6 giugno 2014 n. 256 che si limita ad affermare che «la delegazione amministrativa non è un appalto pubblico di lavori» in un caso di concessione demaniale marittima di specchio acqueo e della relativa area a terra all'interno del porto di Monfalcone per la manutenzione e l'escavo del canale di accesso a detto porto e per la realizzazione di una nuova banchina.

¹²² In particolare, Corte Giust. 19 dicembre 2012 causa C- 159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri*, punto 28.

¹²³ I servizi di ingegneria e architettura ricadevano nella Categoria 12 dell'allegato II A della Direttiva 2004/18/CEE.

¹²⁴ La stessa cosa si è conclusa d'altra parte con riferimento all'attività di ricerca fornita dall'Università del Salento all'Azienda sanitaria locale di Lecce (la controversia è la stessa richiamata nel precedente della Corte di Giustizia di cui alle note sovraesposte). È stato notato che «... l'ente pubblico – ndr, l'Università – che, da un lato, grazie all'attività scientifica da essa istituzionalmente svolta, offre prestazioni di ricerca e consulenza deducibili in contratti di appalto pubblico di servizi e l'ente – ndr, ASL Lecce – che, conformandosi a precetti normativi, domanda tali prestazioni, in quanto strumentali allo svolgimento dei propri compiti di interesse pubblico. Il tutto secondo la logica dello scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e dunque in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ. Ne consegue che lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici, ma vede uno di questi fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati. Quest'ultima notazione è fondamentale per escludere, dal punto di vista europeo, che il contratto in contestazione dia luogo ad «una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi» (Par. 34 della sentenza della Corte di Giustizia), giacché l'Università del Salento si pone rispetto ad essa nella veste di operatore economico privato, in grado di offrire al mercato servizi rientranti in quelli previsti nell'allegato IIA alla direttiva 2004/18 (punto 6.5, Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849).

¹²⁵ In maniera del tutto generica ad esempio è utilizzata la stessa nozione nella normativa in tema di enti locali dismessati, ove con riferimento al costo del personale per i servizi forniti si dispone che i controlli sulla spesa devono riguardare gli «oneri diretti e indiretti di personale» (art. 243 c. 3, T.U. Enti Locali).

Una tale opzione impostazione non è tuttavia immune da altre problematiche rispetto al diritto interno.

Seppure l'art. 24 del Codice dei contratti attribuisca, come già esposto, ampia discrezionalità agli Enti in ordine alle modalità di progettazione¹²⁶ e, la nuova disposizione finanziaria, analogamente, non contenga alcun obbligo per gli Enti territoriali di affidare la progettazione alla nuova Struttura, non vi è dubbio che il risparmio di spesa che tale ultima scelta comporta, crei una sorta di “vincolo” per gli Enti territoriali stessi a delegare la progettazione all'Organo statale secondo lo schema previsto dall'art. 24 c. 1 lett. c) D.lgs. 50/16.

La nuova norma, in altri termini, introdurrebbe surrettiziamente, nell'ambito dell'art. 24, un onere di motivazione rafforzato per le Amministrazioni aggiudicatrici – onere che, come si è accennato, era stato in realtà espunto dal testo del vigente Codice dei contratti¹²⁷ – ove esse decidessero di affidare la progettazione secondo le forme organizzative di cui all'art. 24 comma 1 lettere a) b) e d)¹²⁸, in deroga al principio di economicità di cui all'art. 1 c. 1 L. 241/90¹²⁹.

Nel contempo, la nuova Struttura, ove iniziasse concretamente la propria attività con l'approvazione del DPCM a cui la norma finanziaria rinvia, si porrebbe indubbiamente quale fattore di distorsione del mercato sottraendo agli operatori privati la possibilità di offrire i servizi di architettura e ingegneria a parità di condizioni.

Questo è senz'altro un motivo di perplessità rispetto alla nuova disposizione finanziaria¹³⁰.

¹²⁶ *Supra* par. 4.2.

¹²⁷ *Supra* par. 4.1.

¹²⁸ Presumibilmente, si potrebbe scegliere di affidare la progettazione a soggetti terzi solamente in caso di progettazioni che richiedono un'alta specializzazione.

¹²⁹ D'altra parte, è stato autorevolmente affermato che il principio per cui la L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1, stabilisce che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi ai criteri di “economicità” e di “efficacia”, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97 Cost., e assumono rilevanza sul piano della legittimità (non della mera opportunità) dell'azione amministrativa. Pertanto, la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti (Cass. Civ. SS.UU. 5 aprile 2019, n. 9680, punto 4.1. 4° Cpv.). Inoltre, la Corte dei Conti può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, L. n. 241 del 1990, ex art. 1, i quali assumono rilevanza non già sul piano della mera opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa e consentono, in sede giurisdizionale, un controllo di ragionevolezza sulle scelte della pubblica amministrazione (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva escluso la rispondenza ai criteri di economicità ed efficienza della scelta, operata da un ente pubblico consortile, di esternalizzare i compiti e servizi necessari alla propria attività ad un soggetto privo non solo di personale, ma anche di sede sociale (Cass. n. 6820/2017).

¹³⁰ Le criticità sono emerse, di recente, con riferimento alla Deliberazione della Giunta Siciliana 4 novembre 2018 che, ancor prima del legislatore nazionale, ha istituito, ai sensi dell'art. 4 L. R. 15 maggio 2000 n. 10, l'Ufficio speciale per la progettazione regionale. La Deliberazione è stata oggetto di un'impugnazione da parte dell'Ordine professionale degli Architetti della Provincia di Palermo per presunto contrasto con il principio di libera concorrenza di cui all'art. 102 TFUE. Al momento è stata solamente discussa e respinta la richiesta di sospensione: secondo il Tar Palermo non sussisterebbe il *periculum* (Ordinanza 25 febbraio 2019 n. 293). In questo caso la deliberazione è stata impugnata anche per contrasto con la stessa normativa regionale richiamata

Da ultimo l'affidamento alla struttura centrale di progettazione pone problemi profondi, dal punto di vista contenutistico e strategico rispetto all'assetto normativo nazionale.

Non può mancarsi dal rilevare che, per come formulata la recente norma finanziaria, vi sarebbe «il rischio di delegare, in sostanza, l'effettuazione di quell'analisi costi-benefici in cui consiste il giudizio discrezionale» che dovrebbe essere svolto dall'autorità competente alla realizzazione dell'opera¹³¹.

Sicché «una volta elaborato il progetto, l'amministrazione potrebbe trovarsi costretta a riceverlo, anche non condividendone tutte le scelte per ragioni di urgenza o per evitare i maggiori oneri che la rielaborazione del progetto comporterebbe»¹³². E tale rilievo vale maggiormente con il nuovo assetto codicistico, ove «si è voluto attribuire al progettista di opera pubblica una serie di obiettivi che travalicano il tradizionale ambito delle attività di natura tecnico-architettonica, per arrivare a includere la valutazione di aspetti di rilevanza economica, sociologica, urbanistica, nonché aspetti legati al consumo del suolo, al risparmio energetico e più in generale al fabbisogno della collettività»¹³³.

D'altra parte sembra arduo che la norma, prevedendo l'istituzione di un'unica struttura di progettazione su tutto il territorio nazionale, possa rilanciare le sorti dell'economia nazionale¹³⁴.

Con riferimento a questo aspetto, si è osservato come, nel contesto delle norme sulla centralizzazione degli acquisti, il legislatore abbia contribuito ad un'evoluzione virtuosa in termini di efficienza amministrativa, dando forma ad un processo di distribuzione del potere verso diversi organismi pubblici solo parzialmente di promanazione statale (ad esempio CONSIP). Ciò consente di ritenere che il fenomeno, oltre che efficiente, sia coerente con il principio di auto-

posto che l'art. 4 della L.R. 10/2000 circoscriverebbe la potestà della Regione a istituire «uffici speciali temporanei per il soddisfacimento di esigenze particolari, per la realizzazione di specifici programmi e progetti di rilevante entità e complessità per lo svolgimento di particolari studi o elaborazioni» mentre la Deliberazione istituisce un Ufficio che opera stabilmente anche per la progettazione di altre stazioni appaltanti diverse dalla Regione (art. 4 c. 7 L. R. Sicilia n. 10/2000).

¹³¹ F. Zeviani Pallotta, *op. cit.*, 30.

¹³² F. Zeviani Pallotta, *op. cit.*, 30-31. Si rileva che, in linea con la considerazione che si tratterebbe comunque di una modalità di progettazione anomala, in sede di elaborazione della norma alla proposta di inserire che «la richiesta delle amministrazioni centrali e degli enti territoriali interessati di avvalersi delle sue prestazioni – della Centrale – debba recare un'ideale motivazione in relazione all'impossibilità di esperire le attività di progettazione» (Relatore di minoranza, on. U. Parolo, VIII Commissione Permanente, Ambiente, Territorio, Lavori Pubblici, 48).

¹³³ A. Barone, *op. cit.*, 7.

¹³⁴ Così si proponeva nella Relazione al Disegno di legge di bilancio integrato 2019-201, p., Atti parlamentari, Camera dei Deputati, AC1334, 119-120 ove si afferma che l'istituzione di una centrale – allora era così denominata – è «di uno dei principali interventi introdotti nella manovra finanziaria ai quali è stato dato ampio risalto [...] mediante i quali si intende incrementare lo sviluppo e gli investimenti e incidere sul rapporto debito/Pil del Paese».

ma. Peraltro il legislatore, come evidenziato, ha lasciato la possibilità agli enti di costituire in maniera volontaria centrali di committenza.

Diversamente, la recente disposizione in materia di progettazione sembrerebbe proporre una visione miope, delineando un'unica centrale di progettazione riconducibile allo Stato.

Sembra, dunque, che il disegno del legislatore non possa che correggersi in un altro senso, per così dire strutturale, e, cioè, delineando uffici – o soggetti dotati di autonomia – di promanazione non solo statale, specializzati in progettazione, che operino quali supporto alle Amministrazioni.

Le funzioni che tali uffici potrebbero svolgere, senza alcun corrispettivo – altrimenti si ricadrebbe nell'ambito dell'affidamento con obbligo di gara – attività di consulenza sulla progettazione, piuttosto che di progettazione *tout court*, che appare più coerente rispetto alla dizione limitante contenuta all'art. 2 par. 1 n. 15) lett. b) della Direttiva. Sembra, d'altra parte, che tali modelli esistano già in altri Paesi, in cui si è pervenuti da tempo ad una disciplina efficiente e specifica della materia mediante la predisposizione e l'incardinamento di appositi uffici centrali di progettazione presso le amministrazioni statali, locali o pubbliche in genere¹³⁵.

Un'altra soluzione, senz'altro compatibile con l'ordinamento europeo e già prevista dall'art. 24 lett. b) del Codice, sarebbe che il legislatore delineasse norme tese a imporre in ambito locale la creazione di strutture di progettazione consortili che operino per la realizzazione di opere pubbliche nell'ambito del territorio cui fa riferimento ogni singola amministrazione locale che aderisce alla struttura stessa.

In questo caso, il rapporto tra Enti deleganti e struttura di progettazione ricadrebbe al di fuori del rapporto contrattuale, rientrando nell'ambito dell'autonomia organizzativa dei singoli Enti.

È evidente come, nell'ambito di tale processo, un ruolo fondamentale potrebbe essere svolto dalle singole Regioni che favorirebbero, con proprie norme create *ad hoc*, l'aggregazione degli Enti Locali per la costituzione di queste nuove realtà organizzative¹³⁶. Un'evoluzione organizzativa in questo senso, più che la creazione di una struttura centralizzata (statale, ma forse anche regionale), sarebbe funzionale, tra l'altro, allo sviluppo di una funzione progettuale più coerente rispetto alle peculiarità e ai valori territoriali inerenti a specifici contesti.

¹³⁵ M.A. Carnevale Venchi, *op. cit.*, par. 36 e par. 13. Sull'argomento F.P. Pugliese, *I contratti delle Amministrazioni Federali negli Stati Uniti d'America (Government Contracts)*, Padova, 1974, 167 ss.

¹³⁶ In Italia, esistono già alcuni uffici di progettazione consortile che svolgono la progettazione per gli Enti locali: cfr. *ex multis*, ufficio di progettazione istituito nell'ambito della Comunità Montana dei Monti Azzurri San Ginesio (vedasi D.G.C. Comune di Tolentino, 23 novembre 2011 n. 287).

Stefano D'Ancona - Abstract

L'accentramento delle funzioni e dei poteri amministrativi: il caso della progettazione delle opere pubbliche

Lo scritto prende in esame il fenomeno dell'accentramento delle funzioni amministrative attraverso l'analisi critica di tre casi: lo Sportello unico, le Centrali di Committenza negli acquisiti e, in particolare, la Centrale di progettazione delle opere pubbliche.

The centralisation of administrative functions and powers: the case of the planning of public works

The paper examines the phenomenon of the centralisation of administrative functions through the critical analysis of three cases: the Sportello unico ('One-Stop Desk'), the Centrali di Committenza negli acquisiti ('Purchasing Centres'), and in particular, the Centrale di progettazione delle opere pubbliche ('Public Works Planning Centre').

La giurisdizione contabile in materia di danno ambientale

Ilaria Genuessi

SOMMARIO: 1. Contesto europeo e ruolo della Corte dei conti con riguardo alla tutela ambientale nell'ordinamento interno. – 2. Danno ambientale e Corte dei conti *ante* d.lgs. n. 152/2006. – 3. Le previsioni sul tema di cui al Codice dell'ambiente. – 4. Lo spazio per la giurisdizione contabile in materia di danno ambientale nel d.lgs. 152/2006: l'art. 313, comma 6. – 5. Le pronunce della Corte dei conti in senso ampliativo della giurisdizione contabile. – 6. L'orientamento della Corte di Cassazione. – 7. Spunti circa l'estensione della giurisdizione contabile in materia di danno ambientale, anche alla luce del recente «Codice di giustizia contabile».

1. *Contesto europeo e ruolo della Corte dei conti con riguardo alla tutela ambientale nell'ordinamento interno*

L'Unione europea, da sempre, mostra grande attenzione ed impegno in favore del fattore ambientale.

Ad oggi, il quadro di riferimento è dato dal dettato di cui agli artt. 191-193 TFUE (che hanno sostituito gli artt. 174-176 TCE), i quali riportano gli essenziali principi di prevenzione e correzione dei danni alla fonte, di precauzione ed il c.d. principio del «chi inquina paga», alla luce del quale le spese derivanti dalla protezione e dal ripristino della qualità dell'ambiente sono poste in capo al soggetto che ha determinato la necessità di predisporre tali interventi¹.

¹ Sul punto cfr., tra gli altri: M. Russo, «Chi inquina, paga?»: la multiforme applicazione del principio nella giurisprudenza nazionale in tema di ripartizione degli obblighi di risanamento ambientale (nota a Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099), in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 4, 889 ss. e M. Antonioli, *Il principio «chi inquina paga» all'esame della Corte di giustizia: proprietario «incolpevole»* e obblighi di prevenzione, di ripristino e di messa in sicurezza dei siti contaminati (Nota a Corte Giust. UE, sez. III, 4 marzo 2015, n. 534), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 3-4, 959 ss.

In materia di responsabilità per danno ambientale rileva certamente quanto previsto dalla direttiva 2004/35/CE². La medesima, infatti, mediante l'affermazione di una responsabilità per danno ambientale, mira all'effettivo ripristino delle condizioni dell'ambiente originarie, ovvero almeno equivalenti, non consentendo agli Stati membri di sostituire le misure di riparazione con soluzioni risarcitorie del danno cagionato³.

Ebbene, non si può sottacere, sul punto, l'incidenza dello stesso art. 4.3 TUE (ex art. 10 TCE) recante il principio di leale collaborazione, alla luce del quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare il diritto interno in maniera conforme rispetto alle previsioni europee che non possano essere considerate immediatamente applicabili, così come le direttive c.d. non *self executing*.

Del resto, è proprio in considerazione di tale previsione che – come si avrà modo di evidenziare – il legislatore italiano ha disposto, nell'ambito del Testo unico ambientale, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che il risarcimento in denaro cui è tenuto il responsabile del danno ambientale non debba essere parametrato al danno subito, bensì ai costi del ripristino delle condizioni dell'ambiente⁴.

Anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/2006, tuttavia, la questione presenta profili problematici e merita di essere approfondita.

In particolare, permangono taluni problemi di compatibilità con il diritto europeo ed in particolar modo con gli specifici obiettivi di ripristino individuati nella predetta direttiva 2004/35/CE, laddove si faccia riferimento alla condotta dell'agente pubblico che abbia cagionato un danno ambientale e lo stesso sia sottoposto alla giurisdizione contabile, con conseguente applicazione delle norme in tema di responsabilità amministrativa⁵.

In tal senso, infatti, non si può non prendere in considerazione, in primo luogo, il dato per cui la Corte dei conti non è abilitata ad emettere pronunce di condanna al risarcimento in forma specifica e, dunque, non sarebbe in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi di ripristino/riparazione imposti dal diritto europeo⁶.

² Si v. in merito G. Tarantino, *Nozione unionale di danno ambientale e applicabilità ratione temporis della Direttiva 2004/35/CE*, in *GiustiziaCivile.com*, 2018.

³ È chiara, in altri termini, la natura ripristinatoria, dunque non sanzionatoria, ovvero punitiva, della responsabilità per danno ambientale nell'ambito europeo.

⁴ Cfr. artt. 311, comma 2 e 313, comma 2 del d.lgs. n. 152/2006, modif. dalla l. n. 97/2013.

⁵ In merito si v. F. Fracchia, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 669 ss. L'A. rileva come l'istituzione ad opera del legislatore di nuove forme di responsabilità attribuite peraltro alla giurisdizione della Corte dei conti rappresenti «il "ramo" più recentemente innestato sul tronco centenario delle funzioni contabili». In merito si v., altresì, T. Lazzaro, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: situazione e prospettive*, in *Foro it.*, 2007, V, 163 ss.

⁶ Si v., in questo senso, S. Bocchini, *La Corte dei conti ed il risarcimento del danno ambientale*, in *Dir. e proc. amm.*, 1, 2015, 308 ss. L'A. richiama peraltro M. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 2012, 668, il quale, di contro, ritiene ammissibile ad opera del giudice contabile la pronuncia nel senso della

Ancora, occorre osservare che la responsabilità amministrativa di cui tratta si presenta nell'ordinamento giuridico interno caratteri peculiari, quali: la personalità della responsabilità stessa; la necessaria sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, ovvero della colpa grave; il potere riduttivo proprio del giudice contabile ed in termini generali, la natura sanzionatoria-risarcitoria, ad ogni modo, non direttamente ripristinatoria⁷.

2. *Danno ambientale e Corte dei conti ante d.lgs. n. 152/2006*

Nella Costituzione italiana del 1948 non si rinveniva alcun richiamo espresso all'ambiente; la necessità di tutelare l'ambiente poteva ricavarsi, tuttavia, dall'interpretazione estensiva di talune norme di rango costituzionale⁸.

L'ambiente entra invece pienamente nella Carta costituzionale, con il successivo procedimento di revisione della parte seconda del titolo V, all'art. 117, comma 2, lettera s)⁹.

Il nostro ordinamento rimane del resto a lungo privo di una precisa definizione normativa di «danno ambientale»¹⁰. La stessa prevalente e autorevole dottrina, negli anni Settanta del secolo scorso, infatti, ancora negava un rilievo giuridico autonomo alla nozione di “ambiente”, assimilando il medesimo al paesag-

condanna al risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c., quale previsione generale che in quanto tale può essere impiegata anche nell'ambito di un giudizio di responsabilità amministrativa.

⁷ Sui caratteri peculiari e sulla natura della responsabilità amministrativa, cfr. tra i numerosissimi contributi, senza pretesa di esaustività: F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41 ss.; S. Pilato, *Personalità della responsabilità amministrativa e parziarietà dell'obbligazione risarcitoria. Aspetti teorici e profili sistematici*, in *Riv. cortei conti*, 1996, 2, 367 ss.; A. Police, *La natura della responsabilità amministrativa*, in Aa.Vv., *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, a cura di F.G. Scoca, Padova, 1997, 145 ss.; L. Schiavello, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. Dir., Agg.*, III, 1999, 895; Aa.Vv., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)* (Atti del Convegno di studi, Varenna, Villa Monastero, 15-17 settembre 2005), Milano, 2006; F. Garri, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 2007, 106-117; A. Altieri, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, 2012; M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016; G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017.

⁸ Si pensi, in particolare, all'art. 9, che garantisce la tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico e all'art. 32, che garantisce il diritto di ogni persona a vivere in un ambiente salubre.

⁹ Sebbene lo Stato abbia potestà legislazione esclusiva nella materia della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, occorre tenere presente che tra le competenze legislative concorrenti Stato-Regioni figurano «la tutela della salute» e la «valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali»; ne consegue un necessario coordinamento tra Stato e Regioni sugli aspetti di cui trattasi.

¹⁰ Per una recente ed ampia ricognizione a proposito del danno ambientale e delle forme di tutela al medesimo connesse si v. G.D. Comporti, *Il danno ambientale e l'operazione rimediabile*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 117 ss. e C. Miccichè, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, in *Dir. econ.*, 2018, 1, 1-41.

gio, all'ambito dell'ecologia, ovvero trattando dello stesso con riferimento alle questioni urbanistiche¹¹.

Interessante ai fini della presente trattazione il dato per cui, già negli anni Settanta del secolo scorso, il Giudice contabile ha avocato a sé la giurisdizione in materia, ricomprendendo il danno ambientale nell'ambito dell'ampia nozione di danno erariale, nel caso di fattispecie di danno ambientale generate da dipendenti di amministrazioni pubbliche, i cui costi andavano a gravare, pertanto, sulle finanze pubbliche¹².

In particolare, il Giudice contabile ha argomentato a sostegno della propria giurisdizione in materia, facendo leva principalmente sull'entità del pregiudizio che si verifica in caso di danno ambientale, in quanto tale incidente non su di un singolo, ma sull'intera collettività. Ciò, in ragione, in primo luogo, della natura del bene leso ed in secondo luogo, della produzione di effetti negativi derivanti dal danno in capo alla collettività, con conseguente necessità di operare un ripristino del danno medesimo impiegando finanze pubbliche, verosimilmente promananti dal prelievo fiscale imposto alla collettività¹³.

La Corte dei conti giunge ad affermare che l'ambiente è tutelato da norme che «da un lato garantiscono i cittadini, membri della collettività, *uti cives*, e cioè lo Stato-comunità [...], dall'altro impongono obblighi precisi allo Stato amministrazione e cioè agli agenti delle pubbliche amministrazioni di prevedere, vigilare, controllare, autorizzare, vietare o reprimere ogni causa che, per il suo modo di essere o di divenire, possa rivelarsi in contrasto con le norme protettive»¹⁴.

Dunque, in concreto, la Corte dei conti ha progressivamente ampliato la nozione di danno all'ambiente, dapprima riconoscendo quale possibile danno erariale il danno patrimoniale e concreto provocato a beni appartenenti alla collettività, quindi il danno cagionato direttamente allo Stato quale ente esponenziale degli interessi della collettività nazionale. Di seguito, la nozione in parola è stata estesa e ricondotta alla lesione di beni di natura pubblica, rientranti anche

¹¹ Cfr. M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15. Tra i primi ad occuparsi della tutela del paesaggio e della specifica previsione di cui all'art. 9, comma 2 Cost., A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Aa.Vv., Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 3-61.

¹² Circa la suddetta genesi pretoria dell'istituto cfr. S. Pallotta, *Spunti di riflessione in materia di danno ambientale da una recente sentenza del Tribunale di Venezia*, in *www.lexambiente.com*. Si v., inoltre, in sede giurisprudenziale, C. Conti, sez. II, 30 aprile 1985, in *Riv. corte conti*, 1985, 126.

¹³ Cfr., in particolare, C. Conti, sez. I, 15 maggio 1973, n. 39, in *Foro amm.*, 1973, I, 3, c. 247. Nell'ambito della pronuncia in questione il giudice contabile ha adottato un'interpretazione estensiva del concetto tradizionale di danno erariale considerando come ricompreso nello stesso il danno alla collettività, su base pubblicistica, dunque lo stesso danno ambientale. Si v., inoltre, sulla medesima questione, C. Conti, sez. I, 20 settembre 1975, n. 108, in *Foro it.*, 1977, III, c. 349 e C. Conti, sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, in *Foro it.*, III, c. 167, con nota di C.E. Gallo.

¹⁴ Così C. Conti, sez. I, 18 settembre 1980, n. 86, cit.

soltanto in senso lato nel concetto di “patrimonio pubblico”, nell’ambito del quale sono stati ricompresi anche beni a disposizione della collettività e nei confronti dei quali lo Stato assume un particolare obbligo di tutela e protezione¹⁵.

L’ambiente stesso è stato inteso, dunque, quale patrimonio-bene giuridicamente tutelabile, poiché ricompreso nell’ambito della predetta concezione del patrimonio pubblico in senso lato, quale insieme di utilità suscettibili di apprezzamento economico e perciò tutelabili con l’azione di responsabilità erariale¹⁶.

Di fatto, nelle menzionate pronunce il giudice contabile dà una definizione di danno ambientale e quale «giudice naturale per la tutela degli interessi della collettività ai sensi degli art. 25 e 103 Cost.», ritiene di possedere giurisdizione «nella materia degli interessi diffusi», dunque anche in riferimento al danno ambientale cagionato da amministratori e dipendenti pubblici¹⁷.

Sul piano legislativo, una prima definizione di danno ambientale si ritrova nell’art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349 – meglio nota come «legge istitutiva del Ministero dell’Ambiente» – laddove lo stesso è qualificato come la «compromissione» dell’ambiente generata da «qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o provvedimenti adottati in base a legge»¹⁸.

La previsione in questione, peraltro, riprende la concezione del danno ambientale quale danno arrecato alla collettività, di cui lo Stato è espressione, pertanto non una lesione della posizione giuridica soggettiva di un singolo, ciò in virtù della precisa individuazione, nell’ambito dell’art. 18 l. 349/86, della titolarità dell’azione risarcitoria in capo allo Stato ed agli territoriali su cui incidono i beni oggetto del danno.

In buona sostanza, sebbene nell’ambito della legge n. 349/1986 la responsabilità per danno ambientale rientri nell’ambito della responsabilità civile, la disciplina generale del medesimo danno pare in qualche modo ricalcare la fattispecie di illecito pubblico delineato, come esposto, dalla giurisprudenza della Corte dei con-

¹⁵ Si v., in particolare, a proposito della questione dello sversamento in mare di residui di lavorazione di stabilimenti, i c.d. fanghi rossi di Scarlino, le seguenti pronunce del giudice contabile: C. Conti, sez. I, 8 ottobre 1979, n. 61, in *Foro it.*, 1979, III, c. 593, con nota di A. Lener e C. Conti, sez. riun., 16 giugno 1984, n. 378/A, in *Foro it.*, 1985, III, c. 32.

¹⁶ E. Santoro, *Il nuovo danno ambientale, la titolarità dell’azione civile e l’ampliamento della giurisdizione contabile*, in *Foro amm. CDS*, I, 2008, 221.

¹⁷ In argomento si v. V. Molaschi, *Danno ambientale e Corte dei conti*, in M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Torino, 2016, 131 ss.

¹⁸ Tra i primi contributi della dottrina con riguardo alla previsione normativa di cui trattasi cfr.: M. Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell’ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 547 ss. e A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, II, 760 ss. Con riguardo alla nozione di danno ambientale si v., inoltre, tra i numerosi contributi: M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2007, 411 ss.; A. Mingarelli, *Responsabilità amministrativa e danno ambientale*, in G. Perulli (a cura di), *Il danno ambientale*, Torino, 2012, 131-155; M.P. Giracca, *Danno ambientale*, in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell’ambiente*, vol. II, in R. Ferrara, C.E. Gallo (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014, 571 ss.

ti, circostanza questa che si evince dalla prevalenza della natura sanzionatoria della responsabilità in parola di cui all'art. 18 della l. 349/1986 su quella riparatoria¹⁹.

La norma ha, tuttavia, sottratto *in toto* la giurisdizione in tema di danno ambientale alla Corte dei conti confermando – per mezzo dell'espressa statuizione «ferma restando quella della Corte dei conti di cui al d.P.R. n. 3 del 1957, art. 22» – la giurisdizione del giudice contabile unicamente con riguardo al danno indiretto per gli esborsi rimasti a carico dell'amministrazione pubblica ed oggetto dell'azione di rivalsa della p.a. nei confronti del dipendente che abbia, nell'esercizio delle sue funzioni, cagionato un danno ingiusto a terzi²⁰.

Infatti, con l'entrata in vigore dell'art. 18 della l. 349/1986, si è assistito all'attribuzione della giurisdizione in materia di danno ambientale diretto in capo al giudice ordinario, anche con riferimento specifico ai danni cagionati da comportamenti di agenti pubblici, con la conseguente attrazione del danno ambientale nell'ambito della responsabilità civile²¹.

In altri termini, la norma di cui si discute è stata introdotta al preciso e dichiarato scopo di porre un freno alla tendenza espansionistica della Corte dei conti, la quale aveva – come si è poc'anzi esposto – delineato autonomamente una nozione di danno ambientale, oltre che sostenuto la sussistenza della propria giurisdizione nei confronti dei funzionari pubblici, non soltanto nel caso di danni patrimoniali subiti in via diretta dalle amministrazioni titolari dei beni danneggiati, ma altresì con riguardo ai danni provocati alla risorsa ambientale, quale danno alla collettività²².

Della norma in oggetto è stata peraltro proposta questione di legittimità costituzionale fondata, come esposto nelle ordinanze di rimessione alla Consulta, sulla manifesta irragionevolezza derivante dalla circostanza di lasciare alla discrezionalità della stessa amministrazione danneggiata (nel cui ambito operavano gli amministratori e dipendenti da citare in giudizio quali responsabili del danno

¹⁹ In merito, si v. F. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643 e S. Bocchini, *op. cit.*, 291 ss., la quale ha messo in luce, in particolare, i seguenti aspetti: il presupposto dell'azione risarcitoria consistente non nella lesione di una posizione giuridica soggettiva, ma nella violazione di leggi e provvedimenti adottati in base a leggi recanti una compromissione dell'ambiente; la previsione per cui, in caso di concorso di persone nella produzione del danno ambientale, ciascuno rispondesse nei limiti della propria personale responsabilità; la necessità per il giudice di tenere conto della gravità della colpa del soggetto agente e del profitto dal medesimo conseguito, nella determinazione del *quantum*.

²⁰ La norma in questione, per il fatto di aver sottratto la giurisdizione in materia di danno ambientale causato da agenti pubblici alla Corte dei conti, è stata aspramente criticata in dottrina. Sul punto, si v., tra gli altri, i contributi di P. Maddalena, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa*, in *www.lexitalia.it* e A. Vetro, *Problematica sulla giurisdizione del giudice contabile per danno ambientale, alla luce della recente sentenza della Cassazione a S.U. n. 11229/2014, riguardante il "ripascimento" della spiaggia del Poetto di Cagliari*, in *www.contabilita-pubblica.it*.

²¹ V., in argomento, C. D'Orta, *Ambiente e danno ambientale: dalla giurisprudenza della Corte dei Conti alla legge sul ministero dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 1, 60-112.

²² Cfr. sul punto E. Santoro, *op. cit.*

ambientale) la titolarità dell'iniziativa giudiziale contro di essi, con conseguente esclusione della titolarità dell'azione in capo ad un organo pubblico imparziale, quale il Procuratore generale presso la Corte dei conti²³.

La Corte dei conti a sezioni riunite ha sollevato la predetta questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 della l. 349/1986, da un lato, per violazione dell'art. 103, comma 2, rilevando come la norma avrebbe privato il giudice contabile di una materia rientrante tra quelle allo stesso giudice riservate per previsione costituzionale e dall'altro lato, per violazione dell'art. 25, comma 1, Cost., stante la sottrazione dei pubblici funzionari al giudice naturale individuato sulla base di tale previsione di rango costituzionale²⁴.

La questione è stata tuttavia respinta dalla Corte costituzionale mediante la pronuncia n. 641/1987, avendo la Corte ritenuto che la scelta operata fosse espressione della discrezionalità legislativa, anche per ciò che concerne nello specifico l'effettività della tutela apprestata e che comunque fosse stato predisposto un adeguato sistema di legittimazione ad agire in favore dello Stato e degli enti locali interessati dal fatto lesivo²⁵. Nel dettaglio, il Giudice costituzionale ha precisato come «nella *interpositio* del legislatore deve individuarsi il limite funzionale delle attribuzioni giudicanti della Corte dei Conti. La scelta a favore del giudice ordinario operata dal legislatore con il secondo comma dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986, oggetto della impugnazione, risulta, quindi, conforme al precetto costituzionale (art. 103, secondo comma, Cost.)»²⁶.

²³ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 18, secondo comma, della legge 3 luglio 1986 n. 349, nella misura in cui lo stesso ha attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario l'intera materia del risarcimento del danno ambientale, facendo salva la giurisdizione della Corte dei Conti solo in alcune limitate ipotesi di responsabilità amministrativa.

²⁴ Cfr. C. Conti, sez. riun., ord. 21 ottobre 1986, n. 107, in *Foro it.*, 1987, III, c. 262, con nota di A. Romano e commento di M. Comporti, *La responsabilità per danno ambientale*.

²⁵ Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, c. 694, con nota di A. Romano e commento di F. Giampietro, *Il danno all'ambiente innanzi alla Corte costituzionale*. In proposito, cfr. altresì: B. Caravita, *Il danno ambientale tra Corte dei conti, legislatore e Corte costituzionale* (Nota a Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641), in *Riv. giur. amb.*, 1988, 1, 108-112; R. Arrigoni, *Danno all'ambiente e giurisdizione della Corte dei Conti: un binomio impossibile?* (Nota a Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641), in *Riv. amm. rep. ital.*, 1988, 2-3, 227-235.

²⁶ La Corte costituzionale, sin dalla pronuncia 2 giugno 1977, n. 102, ha sostenuto il carattere non assoluto, ma soltanto tendenzialmente generale, dell'attribuzione alla Corte dei Conti della giurisdizione in materia di contabilità pubblica, ad opera dell'art. 103, comma 2 Cost. In una pronuncia successiva (Corte cost. 7 luglio 1988, n. 773) il Giudice delle leggi ha precisato che la portata espansiva della giurisdizione della Corte dei conti «nelle materie di contabilità pubblica» incontra il «limite funzionale» della «*interpositio*» del legislatore». A fronte di tale costante indirizzo del Giudice costituzionale, si rileva peraltro che il recente d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante «Codice di giustizia contabile», recentemente modificato dal d.lgs. 7 ottobre 2019, n. 114, individua all'art. 1, comma 1, le specifiche materie attribuite, ai sensi dell'art. 103, comma 2 Cost., alla giurisdizione della Corte dei conti. Ebbene, lo stesso è stato inteso da una parte della dottrina quale normativa concretizzante la suddetta *interpositio legislatoris*. In dottrina, si v. G. Bottino, *La giurisdizione contabile: i principi generali e gli organi*, in A. Canale, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *Il nuovo processo contabile*, Milano, 2017, 13 ss.

Per quel che concerne nello specifico la dedotta violazione dell'art. 25 Cost., la Corte costituzionale ha statuito l'insussistenza della medesima «non essendo la Corte dei conti, in ogni caso, il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici».

Del resto, la Corte dei conti poneva in luce nell'ordinanza di rimessione in particolare il dato problematico per cui nel delineato sistema di tutela innanzi al giudice ordinario l'effettiva titolarità dell'azione in capo allo Stato ed agli enti territoriali avrebbe espunto dall'ordinamento le garanzie assicurate dall'esercizio dell'azione risarcitoria ad opera del procuratore contabile, connotato da imparzialità.

Come anticipato, la Consulta ha, invece, ritenuto infondata la questione adducendo una serie di specifiche motivazioni, tra le quali: la necessità di intervento del legislatore al fine della predisposizione di un effettivo sistema di tutela; la possibilità di attivare diversi rimedi già apprestati dall'ordinamento, quale la denuncia per omissione di atti di ufficio di amministratori pubblici inerti, ovvero la legittimazione degli organi di vigilanza dell'ente; la vigenza del principio della temporaneità delle cariche pubbliche con possibilità per i soggetti subentranti di perseguire i predecessori per mancata proposizione dell'azione risarcitoria e le garanzie determinate dal giudizio innanzi al giudice ordinario, connotato da tre gradi di giudizio e da un consistente sistema probatorio ed istruttorio.

Ebbene, gli stessi argomenti addotti dalla Corte, anche a distanza di tempo, si sono rivelati deboli per una serie di motivi. Non si può non osservare, infatti, come, pur in presenza di un sistema di alternanza nelle cariche pubbliche, l'eventuale azione risarcitoria promossa dall'amministratore subentrante appaia ben lontana dal canone dell'imparzialità. Lo stesso processo innanzi al giudice ordinario, pur in presenza della garanzia dei tre gradi di giudizio, si pone in maniera problematica ed in qualche modo sembra favorire gli autori dei danni stanti l'evidente crisi del sistema giudiziario civile e la durata del medesimo, distante dalla richiesta ragionevolezza di cui all'art. 111 Cost.

I poteri istruttori del p.m. contabile, inoltre, sembrano maggiormente ampi ed in grado di garantire un'effettività della tutela rispetto alle modalità di realizzazione dell'attività istruttoria ad opera del Ministero dell'Ambiente²⁷.

A tutti gli effetti, la questione di un eventuale conflitto di interessi in costanza del delineato sistema di tutela si è manifestata con evidenza. Basti pensare al dato per cui, in conseguenza del nuovo riparto giurisdizionale in materia di danno ambientale con la concentrazione della tutela in capo al giudice ordinario, negli anni successivi alla predetta legge n. 349/1986, di fatto, non sono più stati cele-

²⁷ Cfr. in tal senso M. Perin, *Il risarcimento del danno ambientale: concorrenti profili di responsabilità amministrativa*, in *www.lexitalia.it*, 7-8, 2007.

brati giudizi di responsabilità per danno ambientale imputabile al comportamento doloso o colposo di amministratori pubblici, ovvero dipendenti pubblici²⁸.

Le stesse sezioni unite hanno fatto proprie le argomentazioni di cui alla pronuncia della Consulta n. 641/1987 evidenziando, in un caso specifico di lottizzazione abusiva concernente un danno prodotto da amministratori di enti locali, la necessità della devoluzione dell'azione per il risarcimento del danno urbanistico-ambientale alla cognizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 349/1986. Nella medesima pronuncia si è lasciato spazio alla giurisdizione contabile, nell'ambito di cui trattasi, unicamente con riguardo all'azione di responsabilità per danno erariale nei confronti degli amministratori pubblici, soltanto per quel che riguarda gli esborsi sostenuti dagli enti pubblici di appartenenza, dunque con una chiara limitazione della responsabilità amministrativa per danno erariale ai danni patrimoniali. Ciò evidentemente poiché, al tempo, oggetto dell'azione di responsabilità amministrativa non erano considerati il bene immateriale del "prestigio dell'Amministrazione", ovvero i beni della collettività e tra di essi, il bene "ambiente"²⁹.

In altra pronuncia, sempre le sezioni unite hanno precisato come in virtù dell'art. 18 della legge n. 349/1986 non potesse escludersi una «(potenziale) concorrenzialità» tra giudizio da promuovere davanti al giudice ordinario per danno all'ambiente e eventuale giudizio di responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei conti competente, laddove, il comportamento del dipendente od amministratore pubblico, legato ad un ente da rapporto di servizio, avesse cagionato un danno ambientale e si fosse altresì concretizzato in una *mala gestio* del denaro pubblico³⁰.

3. *Le previsioni sul tema di cui al Codice dell'ambiente*

Ad oggi, una esplicita definizione di danno ambientale si rinviene nell'ambito del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante «Norme in materia ambientale», il quale, all'art. 300, comma 1, dispone che deve intendersi per danno ambientale «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima»³¹. Il comma successivo,

²⁸ Cfr. V. Molaschi, *Danno ambientale e Corte dei conti*, cit., 135 ss.

²⁹ Così Cass. Civ., ss.uu., 28 ottobre 1998, n. 10733, in *Danno e resp.*, 1999, 313 ss.

³⁰ Cass. Civ., ss.uu., 23 giugno 1992, n. 7677, in *CED Cass.*

³¹ Il d.lgs. n. 152/2006, ha abrogato l'intero art. 18 della legge n. 349/1986, eccetto il comma 5. Con specifico riferimento alla definizione di danno ambientale che si rinviene nell'ambito del Testo unico ambientale, inoltre, si v. tra gli altri contributi: E. Follieri, *Aspetti problematici della tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente*, in *www.giustamm.it*; W. Giulietti, *La sostenibilità dello sviluppo nella prospettiva della responsabilità per danno ambientale*, in *id.*; L. Prati, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del "Codice*

inoltre, recependo quanto disposto a livello europeo dalla direttiva 2004/35/CE specifica, quali tipologie di deterioramento possano rappresentare concretamente un «danno ambientale».

Sempre per quel che concerne la specifica trattazione in oggetto, rileva il successivo art. 311 del c.d. «Testo unico Ambientale», d.lgs. 152/2006³², laddove è specificato che la titolarità dell'azione risarcitoria in forma specifica, ovvero per equivalente patrimoniale, per il risarcimento del danno ambientale, spetta al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (art. 311, comma 1, d.lgs. 152/2006), il quale provvede secondo i criteri e con le modalità esplicitate nello stesso articolo al comma 3³³.

Il dettato legislativo summenzionato pare del resto conforme a quanto previsto dall'art. 117, comma 2, lett. s) della Carta costituzionale, laddove la tutela dell'ambiente figura tra le materie espressamente attribuite alla competenza esclusiva dello Stato³⁴.

Per quel che rileva, il d.lgs. n. 152/2006 ha abrogato per intero l'art. 18 della legge n. 349/1986, ad eccezione del comma 5, concernente il diritto di intervento in giudizio delle associazioni ambientaliste. In tal modo, ha determinato, in materia di responsabilità per danno ambientale, un regime di responsabilità soggettiva, fondato sul presupposto del dolo ovvero della colpa, oltre che sul principio della responsabilità parziaria, in caso di danno imputabile ad una pluralità di soggetti³⁵.

Il sistema di tutela in caso di danno ambientale delineato nell'ambito del d.lgs. n. 152/2006 del resto è stato criticato da più parti in dottrina sotto i pro-

dell'ambiente», in *Danno e resp.*, 2006, 1051; F. Giampietro, *La nozione di ambiente e di illecito ambientale*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2006, 5, 464 ss.; L. Villani, *Responsabilità, danno e assicurazione tra Codice dell'ambiente e dir. 35/2004/CE*, in *Resp. civ.*, 2007, 258; A. Tomassetti, *Il danno ambientale nel d. legisl. n. 152 del 2006*, in *Studium iuris*, 2007, 951 ss.; F. Camilletti, *La tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente*, in Aa.Vv., *Codice dell'ambiente. Commento al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, Milano, 2008, 2523 ss.; V. Molaschi, *Danno ambientale e giurisdizione*, in M. Andreis (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?*, Milano, 2009, 123-143; F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, Relazione al Convegno «Il testo unico dell'ambiente a dieci anni dalla sua approvazione», Roma, 10-11 giugno 2016, in *Federalismi.it*, 2017, 7.

³² Cfr. il *Commento* all'art. 311 di A. Lamanuzzi, in L. Costato, F. Pellizzer, *Commentario breve al Codice dell'ambiente (D. legisl. 3 aprile 2006, n. 152)*, Padova, 2007, 854-855.

³³ Con specifico riguardo alla titolarità dell'azione in capo al Ministero, si v., tra le altre pronunce, Cass. Pen., sez. III, 28 febbraio 2013, n. 12295, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 5, 545, con nota di Vanetti. Nell'ambito della sentenza il Supremo giudice ha avuto modo di precisare che «titolare della pretesa risarcitoria per il danno ambientale è esclusivamente lo Stato, in persona del ministro dell'ambiente. Tutti gli altri soggetti, singoli o associati, ivi compresi gli enti pubblici territoriali e le Regioni, possono invece agire, in forza dell'art. 2043 cod. civ., per ottenere il risarcimento di qualsiasi danno patrimoniale, ulteriore e concreto, che abbiano dato prova di aver subito».

³⁴ In argomento, con particolare riferimento al dettato di cui all'art. 311 del d.lgs. 152/2006, si v., altresì, Corte cost., 1° giugno 2016, n. 126, in *Dir. & Giust.*, 2016. La pronuncia in questione ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 della Costituzione.

³⁵ Si consideri infatti che, alla luce delle previsioni di cui al Testo unico ambientale, ciascuno risponde del danno cagionato «nei limiti della propria responsabilità personale».

fili della coerenza, della funzionalità, oltre che della stessa legittimità costituzionale³⁶. In particolare, c'è chi ha posto in luce come il legislatore con la normativa in questione abbia dato vita ad una «tutela giurisdizionale “a tre uscite”»³⁷: talune disposizioni (in particolare l'art. 314, comma 6 e l'art. 316, comma 1) hanno attribuito la giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo avverso le ordinanze ministeriali, adottate ai sensi dell'art. 313 o dell'art. 304; altre previsioni hanno mantenuto inalterata la giurisdizione del giudice ordinario (così l'art. 311, comma 1) e, da ultimo, una specifica norma (l'art. 313, comma 6) ha restituito vigore alla giurisdizione della Corte dei Conti, giurisdizione quest'ultima già «affossata dalla legge n. 349/1986»³⁸, oltre che, di seguito, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 641/1986³⁹.

Ciò posto, occorre precisare che, nel 2007 e nel 2012, la Commissione europea ha avviato procedure di infrazione a carico dell'Italia, contestando la non corretta trasposizione della Direttiva 2004/35/CE: in particolare, si è rilevata, dapprima, la sussistenza di precise norme tese a consentire il risarcimento per equivalente pecuniario in difetto del totale o parziale ripristino e, di seguito, il mantenimento in vigore delle norme predette – nello specifico degli articoli 311, 313, comma 2, e 314, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006 – volte a consentire la sostituzione delle misure di riparazione con risarcimenti pecuniari⁴⁰.

Alla luce delle suddette contestazioni, pertanto, nel 2009, mediante l'articolo 5-*bis* della legge n. 166/2009, sono stati modificati i commi 2 e 3 dell'art. 311 del d.lgs. n. 152/2006, per mezzo dell'introduzione nel testo di legge dell'espreso riferimento alle misure di riparazione, ferma restando la possibilità del risarcimento pecuniario in via sostitutiva, qualora la riparazione venga omessa, risulti impossibile, ovvero risulti eccessivamente onerosa.

In seguito, si è resa necessaria una nuova modifica normativa disposta mediante l'art. 25 della legge n. 97/2013. In virtù del nuovo articolato, in particolare, laddove si verifica un danno ambientale, gli operatori responsabili che operano nell'ambito di specifiche attività professionali “a rischio” sono oggettivamente obbligati all'adozione delle relative misure di riparazione primaria, complementa-

³⁶ Si v. C. Volpe, *Giudice amministrativo e codice dell'ambiente. Il danno ambientale nel riparto di giurisdizione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2006.

³⁷ Cfr., sul punto, F. Giampietro, *Prevenzione, ripristino, risarcimento dei danni all'ambiente nel D.Lgs. n. 152/2006. Esame delle disposizioni di rinvio alla bonifica*, in Id. (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente*, Milano, 2006, 324.

³⁸ In tal senso si è espresso L. Prati, *Il danno ambientale nel D.Lgs. n. 152/2006*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2006, 908.

³⁹ Si v. F. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, 725.

⁴⁰ Per un recente riferimento al ripristino del bene in relazione al danno ambientale si v. E. Navarretta, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1, 6 ss.

re e compensativa. Esclusivamente nel caso in cui gli stessi non abbiano realizzato le misure di riparazione prescritte, sono determinati dal competente Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare i costi delle attività necessarie alla realizzazione di tali misure, i quali debbono intendersi non come risarcimento pecuniario, ma quale risarcimento per la mancata esecuzione delle necessarie riparazioni⁴¹. I medesimi principi, a proposito delle misure di riparazione da effettuare ed ai relativi costi, valgono per ogni altra ipotesi di danno ambientale, cagionato dal comportamento doloso o colposo di qualsiasi soggetto⁴².

4. *Lo spazio per la giurisdizione contabile in materia di danno ambientale nel d.lgs. 152/2006: l'art. 313, comma 6*

Come anticipato, l'entrata in vigore del T.U.A. ha determinato l'abrogazione delle previgenti norme in materia di responsabilità per danno ambientale: l'art. 318, comma 2, alla lett. a), ha infatti espressamente sancito l'abrogazione dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, ad eccezione del comma 5.

L'unica previsione del T.U.A. che opera un riferimento – seppur non esplicito – alla giurisdizione del giudice contabile è l'art. 313⁴³.

Ai sensi dell'art. 313, comma 6, del d.lgs. 152/2006 «nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché ingiungere il pagamento del

⁴¹ Una volta approvata la legge n. 97/2013, la Commissione europea ha archiviato nel 2014 le procedure di infrazione predette per non corretta trasposizione della Direttiva 2004/35/CE. In argomento si v., tra gli altri: B. Pozzo, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 1, 1; F. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente dal T.U. ambientale all'art. 5 bis della legge 166/2009*, in *Id.*, 2011, 191; D. Barbierato, *La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 6, 2039 ss.

⁴² Tra le pronunce più recenti del giudice contabile in argomento si v. C. Conti, II sez. centr. app., 21 dicembre 2018, n. 739, in *www.corteconti.it*. Ivi, il giudice di appello opera una digressione in punto di diritto sulla questione della "risarcibilità" del danno ambientale, a partire dal dettato dell'art. 311 del T.U.A., che – si rammenta – «ha statuito la priorità delle misure di "riparazione" rispetto al risarcimento per equivalente pecuniario, quale conseguenza dell'assoluta peculiarità del danno al bene o risorsa "ambiente". Il cambiamento di prospettiva [...] è stato così perseguito dal legislatore in sede di attuazione della direttiva 21 aprile 2004, n. 2004/35/CE». La pronuncia richiama, inoltre, la giurisprudenza della Suprema Corte sull'argomento, la quale del pari ha rammentato come «l'art. 25 della c.d. Legge Europea 2013 (L. 6 agosto 2013, n. 97) – per neutralizzare l'ulteriore contestazione della Commissione europea del 2012 – ha ulteriormente risistemato la materia, definitivamente eliminando ogni riferimento al risarcimento "per equivalente patrimoniale" e stabilendo che il danno all'ambiente deve essere risarcito solo con le "misure di riparazione" previste dall'all. 3 del D.Lgs. n. 152 del 2006 [...] (v. Cass. Sez. 3^a n. 9012/2015; 9013/2015)». Con riferimento al caso specifico si rileva, inoltre, che «il danno all'ambiente per come disciplinato dal legislatore [...], non può tradursi in un risarcimento in forma generica o per equipollente pecuniario quando è ancora materialmente possibile (e nella specie, addirittura provato in atti) il ripristino dello stato originario dei luoghi a spese del responsabile principale, autore dell'inquinamento».

⁴³ In argomento si v. C. Scognamiglio, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1063b.

risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio»⁴⁴.

In altri termini, stante la generale giurisdizione del giudice ordinario in materia di risarcimento del danno ambientale, il legislatore del 2006 ha introdotto una specifica ipotesi ricomprensiva, nello specifico, i casi in cui il danno sia «provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti»⁴⁵. Al verificarsi di tale ipotesi, in altri termini, il Ministero non agisce autonomamente per il risarcimento del danno in questione, ma è chiamato ad inviare specifico rapporto all'Ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio⁴⁶.

Al fine di comprendere l'effettiva portata della giurisdizione contabile nell'ambito del T.U. in parola occorre operare alcune riflessioni a proposito dei poteri di ordinanza del Ministero dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, oltre che del summenzionato rapporto da inviare all'Ufficio del procuratore contabile competente di cui all'art. 313 d.lgs. 152/2006⁴⁷.

Anzitutto, come disposto al comma 1 dell'art. 313, laddove sia accertato un danno ambientale ed il responsabile non abbia attivato le necessarie procedure di ripristino, quale alternativa rispetto alla promozione dell'azione di danno in sede di giurisdizionale, «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con ordinanza immediatamente esecutiva, ingiunge a coloro che, in base al suddetto accertamento, siano risultati responsabili del fatto il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica entro un termine fissato». Inoltre, ai sensi del successivo comma 2, qualora il responsabile non provveda al ripristino nel termine ingiunto, ovvero all'adozione delle misure di riparazione, il Ministro «determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure anzidette [...] e, al fine di procedere alla realizzazione delle stes-

⁴⁴ In dottrina si è evidenziato che, se l'art. 18 della l. n. 349/1986, attribuiva in termini generali la giurisdizione al giudice ordinario «ferma quella della Corte dei conti di cui all'art. 22 d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3», operando cioè un richiamo alla giurisdizione contabile unicamente con riguardo al danno c.d. indiretto, la previsione di cui all'art. 313 d.lgs. 152/2006 si pone quale fattispecie peculiare, ma altrettanto problematica, poiché di non agile interpretazione. Cfr., in particolare, in questo senso, F. Fracchia, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit., 678 ss.

⁴⁵ Per un dettagliato riferimento a tali soggetti, v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 704 ss. Cfr., inoltre, Cass. Civ., ss.uu., ord. 1° marzo 2006, n. 4511, in *Foro it.*, 2006, 6, 1, 1734.

⁴⁶ Sul punto, c'è chi in dottrina ha rilevato che laddove si intenda operare una lettura riduttiva della previsione occorrerebbe delimitare i confini della riserva di giurisdizione in capo alla Corte dei conti, così come previsti nell'ambito del previgente art. 18 della legge 349/1986. Diversamente, il sistema delineato dal legislatore nel TUA determina la sussistenza di tre diverse giurisdizioni (ordinaria, amministrativa e contabile) in materia di illecito ambientale (così, in particolare, F. Fracchia, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, cit., 679 ss.).

⁴⁷ Cfr. in argomento F. Benedetti, *Danno ambientale: il punto sulle questioni rimaste aperte (seconda parte)*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2016, 3, 203.

se, con ordinanza ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, delle somme corrispondenti».

Certamente rilevante in termini di estensione ed effettività della giurisdizione della Corte dei conti in materia appare l'interpretazione che si intende attribuire al rapporto ministeriale di cui all'art. 313, comma 6, d.lgs. 152/2006.

Infatti, se si interpreta la previsione normativa relativa nel senso che il medesimo si pone quale condizione di procedibilità, ne deriva che l'azione del procuratore contabile appare vincolata in maniera stringente all'esito del previo accertamento effettuato dal Ministro⁴⁸.

Diversamente, intendendo il rapporto del Ministro in parola quale atto avente valore di mera notizia di danno – così che il procuratore contabile sia legittimato ad agire anche in assenza del medesimo – si giunge alla conclusione per cui il d.lgs. 152/2006 avrebbe, di fatto, determinato una riespansione della giurisdizione contabile, affermando la sussistenza della medesima, in via generale, in materia di danno ambientale cagionato dall'azione o dall'omissione dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti⁴⁹.

A proposito dell'estensione della giurisdizione della Corte dei Conti e del rapporto tra i poteri di accertamento attribuiti dalla normativa in questione al Ministro dell'Ambiente e al giudice contabile si può rilevare che la *ratio* della previsione di cui all'art. 313, comma 6, del d.lgs. n. 152/2006, può essere ricondotta, verosimilmente, alla necessità di far fronte all'inerzia delle amministrazioni pubbliche per quel che concerne la denuncia di una fattispecie di danno quale quella in questione, al fine ultimo di una migliore e più efficace tutela delle risorse pubbliche⁵⁰. Ciononostante la soluzione prospettata dal legislatore desta talune perplessità.

Già i primi studiosi che in dottrina hanno preso in esame la normativa in questione non hanno mancato di rilevare come le attribuzioni della Procura regionale presso la competente Corte dei conti di cui al Testo unico ambientale mal si conciliano con i poteri di accertamento propri del P.M. contabile e special-

⁴⁸ Così, in dottrina, S. Bocchini, *op. cit.*, 289 ss. In merito cfr., altresì, la recente pronuncia C. Conti, sez. I giurisd. centr. app., 21 novembre 2016, n. 412, in *www.corteconti.it*. Ivi si è richiamato quanto statuito da Cass. Civ., ss.uu., 21 maggio 2014, n. 11229 e si è rilevato che «poiché nella fattispecie manca la notizia di danno qualificata rappresentata dal rapporto del Ministero dell'Ambiente, previsto dalla normativa innanzi richiamata ai fini indicati, non può che ritenersi che l'atto che ha dato ingresso al giudizio promosso dalla Procura territoriale è improcedibile per mancanza di tale necessario presupposto di legge».

⁴⁹ In tal senso cfr.: V. Tenore, *La nuova Corte dei conti*, Milano, 2008, 127; F. Garri, *La Corte dei conti – Controllo e giurisdizione*, Milano, 2012, 889 e A. Vetro, *op. cit.*

⁵⁰ Il monito circa la necessità di garantire una efficace collaborazione tra Amministrazioni pubbliche e Procure, anche in materia, è stato espresso, a titolo esemplificativo, dalla Procura presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Umbria, la quale già nel 2004 ha inviato alle Amministrazioni una nota che evidenziava l'obbligo di denuncia di danno, posto a carico dei soggetti preposti di cui alla normativa vigente. Si v., inoltre, sul punto, A. Chiappinello, *Decennale della Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Umbria*, in *www.giustamm.it*.

mente con la progressiva estensione dei poteri medesimi ad opera della normativa succedutasi in materia⁵¹.

In altri termini, l'accertamento cui è tenuta l'Amministrazione sulla base di quanto previsto nell'ambito del d.lgs. 152/2006 e il coinvolgimento del P.M. contabile solo successivo rispetto al predetto accertamento, paiono in qualche misura incoerenti con le peculiarità proprie dell'azione di responsabilità amministrativa, di cui è titolare il P.M. presso la Corte dei Conti.

Si pensi, in dettaglio, alla pubblicità, alla obbligatorietà, alla irretrattabilità ed ancora alla indisponibilità della medesima, che si concretizzano nel potere/dovere del P.M. di operare una sostanziale verifica circa la fondatezza dei fatti denunciati.

Ulteriori aspetti problematici in relazione alla normativa in commento si ravvisano con riguardo ai poteri propri del giudice contabile (nella fattispecie, il potere "riduttivo" e il potere "sindacatorio"), così come alle previsioni a proposito dell'imputazione del danno, in termini di elemento soggettivo, con la prevista limitazione a titolo di dolo o colpa grave⁵².

In definitiva, l'affermazione di una generale giurisdizione della Corte dei conti sul danno ambientale, con la necessaria e conseguente applicazione della disciplina propria della responsabilità amministrativa, si porrebbe in contrasto con la normativa, dettata già a livello europeo e di seguito nell'ordinamento interno, avente quale primario obiettivo il ripristino delle condizioni ambientali originarie, ovvero quantomeno la ricostituzione di condizioni equivalenti⁵³.

5. *Le pronunce della Corte dei conti in senso ampliativo della giurisdizione contabile*

In termini generali, in dottrina e giurisprudenza si è dibattuto a proposito della portata ed estensione della giurisdizione contabile sotto la vigenza del

⁵¹ Cfr. F. Giampietro, *op. cit.*, il quale a proposito della normativa in materia richiama M. Sciascia, *Manuale di diritto processuale contabile*, Milano, 1996. Il riferimento si intende operato, nello specifico, all'art. 74 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, così come all'art. 16 del d.l. 13 giugno 1991 n. 152, conv. nella l. 12 luglio 1991 n. 203 e all'art. 5, comma 6, della legge n. 19 del 14 gennaio 1994.

⁵² Si v., sul punto, F. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente: la concorrenza delle giurisdizioni*, cit.

⁵³ Ragione per cui l'ammontare del risarcimento cui può essere condannato il soggetto che abbia causato un danno ambientale dovrebbe essere commisurato ai costi di ripristino e non già al danno occorso all'ambiente; ciò, conformemente a quanto previsto dagli artt. 311, comma 2 e 313, comma 2 d.lgs. n. 152/2006, modif. dalla l. n. 97/2013. In merito cfr. S. Bocchini, *op. cit.*, 308 ss.

T.U.A., al di là della specifica previsione di cui all'art. 313, comma 6 del d.lgs. n. 152/2006⁵⁴.

Contrastanti orientamenti interpretativi hanno tentato di delineare la sussistenza, ovvero l'assenza, della giurisdizione generale della Corte dei conti in materia di danno ambientale cagionato da soggetti legati all'amministrazione pubblica, da un rapporto di servizio, dunque anche della conseguente possibilità per il P.M. contabile di avviare d'ufficio un'indagine per danno ambientale.

La prevalente giurisprudenza della Corte dei conti ha accolto l'opzione interpretativa "espansiva" della giurisdizione della Corte dei conti, rilevando, in particolare, come nessuna delle norme suesposte riporti un chiaro riferimento al rapporto ministeriale quale «presupposto di procedibilità».

Mediante la sentenza n. 1830/2008 la Corte dei Conti, sez. Sardegna, si è pronunciata a proposito della materia di cui trattasi e sulla specifica previsione di cui all'art. 313, comma 6, del d.lgs. 152/2006, evidenziando che «tale norma ha introdotto un chiaro discrimine nella giurisdizione in materia di danno ambientale, appartenente in via generale al giudice ordinario, salvo i casi in cui tale danno sia "provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti", nel qual caso il Ministero non può agire autonomamente, ma deve limitarsi ad inviare "rapporto all'Ufficio di Procura regionale", per l'azione di competenza dinanzi alla Sezione giurisdizionale della stessa Corte»⁵⁵.

Tale interpretazione è stata peraltro fatta propria da diverse sezioni della Corte dei conti, le quali hanno ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei conti anche in caso di assenza del rapporto ministeriale previsto dalla normativa, sul presupposto per cui, in assenza di un inequivoco disposto normativo, il medesimo non possa essere considerato quale condizione di procedibilità dell'azione per danno erariale⁵⁶. In altri termini, il pubblico ministero contabile, secondo tale filone giurisprudenziale, sarebbe nuovamente titolare del potere-dovere di promuovere l'azione per il risarcimento del danno ambientale causato da pubblici amministratori e dipendenti ed in quanto tale, tenuto a considerare e ad approfondire i fatti di danno portati a sua conoscenza.

⁵⁴ Sul tema si v. il recente contributo di E. Lener, *Il danno ambientale*, in A. Canale, D. Centrone, F. Freni, M. Smiroldo (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, 2019, 393-411.

⁵⁵ C. Conti, sez. giurisd. Sardegna, 18 settembre 2008, n. 1830, in *www.corteconti.it*. Sentenza confermata da C. Conti, sez. I app., 31 gennaio 2013, n.77, in Id. Sulla medesima vicenda, si v., inoltre, C. Conti, sez. giurisd. Sardegna, 21 luglio 2009, n. 1003, in Id.

⁵⁶ Cfr. in tal senso C. Conti, sez. giurisd. Molise, 6 dicembre 2010, n. 144, in *Riv. corte conti*, 2010, 6, 175. Nella stessa pronuncia si pone in luce come la materia del danno ambientale si inserisca nel quadro di espansione della giustizia contabile così come sancito dagli artt. 313, c. 6 e 318, c. 2 del d.lgs. 152/06 che attribuiscono nuove competenze alla Corte dei Conti in tale materia. Del pari, cfr. C. Conti, sez. giurisd. Toscana, 31 maggio 2012, n. 273, in *www.corteconti.it*.

Una sezione giurisdizionale regionale, in tema di danno ambientale cagionato da soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile, ha esplicitato che dovesse ritenersi consentita l'azione contabile, in conseguenza di un danno ambientale, anche nel caso di *notitia damni* proveniente da soggetti diversi dal Ministero competente (nella fattispecie di cui trattasi – in particolare – si è proceduto a seguito di segnalazione specifica, concreta e dettagliata del Corpo forestale dello Stato)⁵⁷.

Nelle pronunce facenti capo all'orientamento in esame, in termini generali, si è dunque posto in luce come il d.lgs. n. 152/2006 abbia affidato alla cognizione della Corte dei conti il danno ambientale posto che, da un lato, nel caso di danno all'ambiente provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione contabile, il Ministero dell'Ambiente non agisce nei loro confronti con ordinanza ingiunzione, ma invia rapporto alla Procura della Corte dei conti competente per territorio (art. 313, comma 6) e dall'altro lato, deve constatarsi l'abrogazione dell'art. 18 della legge n. 349 del 1986, che limitava di fatto la giurisdizione della Corte dei conti al danno indiretto da spese sostenute dall'amministrazione per risarcire terzi dal danno ambientale da essa concausato (art. 318, comma 2, lett. a)).

Ebbene, se a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 152/2006, la Corte dei conti si è espressa come poc'anzi esposto, ponendo in evidenza in particolare come il disposto di cui all'art. 313, comma 6 del medesimo T.U.A. si collochi nell'ambito di un quadro di espansione della giurisdizione contabile, dall'altra parte, ad ogni modo, occorre certamente prendere atto della scelta del legislatore di escludere, in termini generali, la giurisdizione del giudice contabile in materia di risarcimento del danno ambientale diretto.

⁵⁷ Così C. Conti, sez. giurisd. Lombardia, 31 luglio 2015, n. 137, in www.corteconti.it, laddove si è ritenuto spetti alla giurisdizione del giudice contabile la trattazione della questione concernente il danno ambientale, avviata su impulso della Procura contabile contro il direttore e i dirigenti di un ente parco per aver causato la realizzazione del danno mediante una condotta omissiva (per mancato controllo ed esercizio di poteri sanzionatori). Nella pronuncia il giudice contabile precisa come l'art. 313, co.6, del d.lgs. n. 152/2006 abbia introdotto un chiaro discrimine nella giurisdizione in materia di danno ambientale, appartenente in via generale al giudice ordinario, eccettuati i casi in cui tale danno sia cagionato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti. In tali casi, si specifica nella sentenza «il Ministero non può agire autonomamente, ma deve limitarsi ad inviare “rapporto all'Ufficio di Procura regionale”, per l'azione di competenza dinanzi alla Sezione giurisdizionale della stessa Corte». La Sezione evidenzia altresì nella motivazione che «sussiste dunque la piena giurisdizione di questa Corte sulla intera domanda attorea di danno ambientale dalla data dell'accertamento [...] Tuttavia, affinché una responsabilità civile e/o amministrativo-contabile per danno ambientale da “ripristino dello stato dei luoghi” sia ipotizzabile, quest'ultimo: a) deve essere concreto e quantificabile, b) i responsabili debbono essere individuabili; c) deve essere possibile accertare il nesso di causalità tra il danno e l'attività del responsabile».

6. *L'orientamento della Corte di Cassazione*

Di diverso avviso rispetto alle statuizioni del giudice contabile anzidette si è mostrata la Suprema Corte che, in particolare, in una nota pronuncia a sezioni unite, ha affermato in maniera peraltro piuttosto sbrigativa che «il danno ambientale è effettivamente tipologia di danno sottratto alla giurisdizione contabile dalla normativa applicabile *ratione temporis* (cfr. l'art. 18, comma 2, n. 349/1986) e, successivamente (cfr. gli artt. 313, comma 6 e 318 d.lgs. 152/2006), assoggettato a presupposti di procedibilità, che ne escludono la cognizione diretta da parte della Corte dei conti (cfr. Cass. 14846/11, 10733/98 e 7677/92)»⁵⁸.

Nella pronuncia anzidetta, in dettaglio, il Giudice della legittimità ritiene debba essere rigettato il ricorso per difetto di giurisdizione avverso la sentenza di secondo grado della Corte di conti che aveva condannato per danno erariale – in relazione al ripascimento di un arenile – il Presidente dell'amministrazione provinciale appaltante dell'opera, i direttori dei lavori, i consulenti dell'ufficio direzione lavori e i componenti della commissione scientifica di monitoraggio, per aver contribuito, ciascuno nel proprio ruolo, a determinare il danno patrimoniale consistito nell'effettuazione di una spesa per un'opera rivelatasi in gran parte inutile a causa del mancato impiego, in difformità delle previsioni contrattuali e di cui al capitolato, di determinati materiali nella realizzazione dell'opera stessa. Nella medesima sede, tuttavia, la Suprema corte esclude che la Corte dei conti, giudicando del pregiudizio patrimoniale subito dall'ente a causa della condotta dannosa posta in essere dai convenuti, abbia conosciuto anche del danno ambientale cagionato dai medesimi convenuti.

Peraltro, nell'ordinanza, le sezioni unite operano un riferimento espresso a propri antecedenti pronunciamenti ed in particolare, alle sentenze della Cassazione n. 7677/92, n.10733/98 e n. 14846/11⁵⁹.

Ad onor del vero, occorre rilevare come due delle suddette pronunce, risalenti agli anni Novanta del secolo scorso, facessero riferimento alla normativa previgente (legge n. 349/1986 e d.lgs. n. 152/2006 nella precedente formulazione), omettendo invece di operare un riferimento, imprescindibile nel caso di specie, alle disposizioni successive, ossia all'art. 5-*bis* della legge n. 166/2009 ed all'art. 25 della legge n. 97/2013⁶⁰.

⁵⁸ Si tratta di Cass. Civ., ss.uu., ord. 21 maggio 2014, n. 11229, in *Foro amm.*, 2014, 10, 2496.

⁵⁹ Cfr. Cass. Civ., ss.uu., 23 giugno 1992, n. 7677, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1891, con nota di A. Corsetti; Cass. Civ., ss.uu., 28 ottobre 1998, n. 10733, in *Giur. it.*, 1999, 1732 e Cass. Civ., ss.uu., ord., 6 luglio 2011, n. 14846, inedita.

⁶⁰ La normativa in questione, peraltro, ha efficacia retroattiva, come espressamente previsto, infatti, trova applicazione «anche ai giudizi pendenti non ancora definiti con sentenza passata in giudicato», e si applica dunque anche nei confronti delle fattispecie già disciplinate, *ratione temporis*, dalla legge n. 349/1986.

Nella richiamata ordinanza n. 14846/11, la statuizione del difetto di giurisdizione del giudice contabile discendeva invece non dalla carenza di «cognizione diretta da parte della Corte dei conti», ma dalla specifica circostanza per cui la data dell'evento, rendesse inoperante la giurisdizione della Corte, diversamente sussistente, proprio sulla base del disposto di cui al d.lgs. n. 152/2006, laddove la data dell'evento fosse stata successiva⁶¹.

In altri termini, sebbene la Corte di Cassazione si sia pronunciata per lo più in termini sfavorevoli rispetto alla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di danno ambientale – come esposto poc'anzi – la stessa ha, in talune pronunce, affermato la giurisdizione del medesimo giudice contabile con riguardo agli esborsi sostenuti dall'amministrazione per far fronte ai costi di ripristino⁶².

L'orientamento appena preso in considerazione va collocato, del resto, nel medesimo filone interpretativo che ritiene problematica l'attribuzione dei giudizi di responsabilità in materia di danno ambientale in via generale alla giurisdizione contabile. Ciò alla luce di specifici aspetti ed in particolare: del dettato di cui all'art. 311 del T.U.A. secondo il quale il Ministro, in via alternativa rispetto all'apertura della procedura amministrativa possa esercitare l'azione civile in sede penale, al fine di ottenere il risarcimento del danno ambientale in forma specifica; ovvero della generale previsione di cui all'art. 103, comma 2, Cost. in virtù della quale, rispetto ai giudizi in tema di responsabilità, non risulta possibile sostenere sia vigente una riserva assoluta di giurisdizione della Corte dei conti.

7. *Spunti circa l'estensione della giurisdizione contabile in materia di danno ambientale, anche alla luce del recente «Codice di giustizia contabile»*

Ad ogni modo, se non per il danno ambientale diretto, la giurisdizione contabile sussiste evidentemente per una serie di ipotesi, con effetto anche preventivo del danno.

Anche prima che si verifichi un danno indiretto il giudice contabile interviene, infatti, a tutela dell'ambiente per il perseguimento di talune condotte⁶³. Si pensi, in particolare, alle fattispecie di seguito prese in esame.

Così, si ritiene possa essere affidata alla giurisdizione contabile l'ipotesi del danno erariale derivante dall'attività omissiva di soggetti che, per dovere di servizio, siano tenuti all'espletamento di specifiche funzioni, tra le quali quella dall'at-

⁶¹ Per i motivi predetti, in particolare, l'ordinanza delle sezioni unite n. 11229/2014 è stata critica in dottrina. Cfr. sul punto A. Vetro, *op. cit.*

⁶² Cfr. le menzionate Cass. Civ., ss.uu., nn. 7677/1992 e 10733/1998 emesse peraltro nel momento della vigenza dell'art. 18 l. n. 349/1986.

⁶³ Per un'estesa analisi della casistica in materia cfr. M. Perin, *op. cit.*

tivazione di procedure per l'incameramento di somme dovute per l'effetto di contravvenzioni relative a violazioni ambientali⁶⁴. Comportamento quest'ultimo che, di fatto, si sostanzia nella concretizzazione di una gestione amministrativa non improntata ai principi dell'efficienza e dell'efficacia, di cui all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, legge n. 241/1990 s.m.i.

Ancora, si pensi alla fattispecie degli esborsi sostenuti dalle amministrazioni conseguenti ai comportamenti illeciti: costi per l'esecuzione di ispezioni, verificazioni, ricerche, rilevazioni per l'accertamento del fatto di danno, ovvero per l'esecuzione di attività di controllo ad opera delle preposte Autorità⁶⁵.

Ulteriore fattispecie di danno erariale pare rappresentata dalla mancata o cattiva utilizzazione di beni e strumentazioni impiegati al fine del miglioramento delle condizioni ambientali (in tal senso, in particolare, depuratori o impianti di smaltimento di rifiuti) determinanti conseguenze pregiudizievoli, ovvero sia un concreto inquinamento ambientale⁶⁶.

La stessa giurisprudenza pronunciata in materia ha ritenuto sussistente la giurisdizione contabile per responsabilità amministrativa, per danno all'immagine, nel caso del pregiudizio cagionato ad un ente, ad opera di un Sindaco, per la realizzazione di una discarica di rifiuti solidi urbani su territorio comunale vincolato⁶⁷, ovvero nel caso di danno patrimoniale cagionato ad un ente locale concretizzatosi nell'esborso sostenuto dall'amministrazione stessa per il pagamento di una sanzione amministrativa per scarico abusivo di liquami⁶⁸.

In termini generali, secondo i sostenitori del medesimo orientamento, l'adozione di un'opzione interpretativa "estensiva" della previsione di cui all'art. 313, comma 6, del d.lgs. 152/2006 appare in grado di garantire una maggiore e più estesa tutela del bene "ambiente". Procedendo in tal senso, infatti, si garantisce un esercizio dell'azione risarcitoria necessario, imparziale e sganciato dalla discrezionalità propria dell'amministrazione pubblica, statale nel caso di specie.

Laddove diversamente si affidi la tutela del bene ambiente ad amministrazioni, cui sovente appartengono, del resto, gli stessi soggetti che abbiano causato il danno ambientale, la medesima non si presenta come realmente efficace ed effettiva. Lo stesso strumento del rapporto ministeriale di cui alla normativa in commento pone identiche questioni problematiche.

Sul punto, eloquente appare la relazione del Procuratore regionale presso la sezione giurisdizionale per la Sicilia resa in sede di inaugurazione dell'anno giudi-

⁶⁴ V., tra le altre, C. Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 23 aprile 2007, n. 432, in *www.corteconti.it*.

⁶⁵ Si v. sul punto C. Conti, sez. giurisd. Abruzzo, 13 febbraio 2007, n. 185, in *www.corteconti.it*.

⁶⁶ Cfr. C. Conti, sez. giurisd. Toscana, 19 dicembre 2005, n. 792, in *www.corteconti.it*, fattispecie relativa alle conseguenze pregiudizievoli derivanti da vizi funzionali di un depuratore.

⁶⁷ C. Conti, sez. giurisd. Lazio, 27 marzo 2007, n. 421, in *Riv. corte conti*, 2007, 2, 151.

⁶⁸ C. Conti, sez. giurisd. Lombardia, 1° agosto 2003, n. 991, in *Riv. corte conti*, 2003, 4, 94.

ziario del 2016 – dunque a dieci anni dall'entrata in vigore della normativa di cui trattasi – ove si è rilevato come non sia mai stato trasmesso alla Procura regionale siciliana alcun rapporto ministeriale concernente danno ambientale cagionato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti.

Tutto ciò considerato, a sostegno della tesi interpretativa del giudice contabile poc'anzi menzionata pare si pongano talune specifiche previsioni di cui al recente, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, recante «Codice di giustizia contabile»⁶⁹.

In particolare, l'art. 1, comma 1, del suddetto provvedimento normativo ha stabilito che «la Corte dei conti ha giurisdizione nei giudizi di conto, di responsabilità amministrativa per danno all'erario e negli altri giudizi in materia di contabilità pubblica»⁷⁰. Mentre il successivo comma 2 ha espressamente fissato che sono devoluti alla giurisdizione della Corte dei conti anche «gli altri giudizi nelle materie specificate dalla legge».

Orbene, anche il giudizio per responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici che abbiano cagionato un danno ambientale pare possa essere ricondotto a tale ambito, proprio quale giudizio individuato nell'ambito di una specifica norma di legge.

In ragione della specificità e della specialità della normativa in materia di danno ambientale, infatti, pare sostenibile la tesi interpretativa per la quale, in caso di danno ambientale, il giudice contabile applichi la disciplina speciale di cui al d.lgs. n. 152/2006, in termini di imputazione del danno causato da soggetti sottoposti alla sua giurisdizione, in luogo delle previsioni generali in materia di danno erariale; come a dire che, con riferimento ad un giudizio quale quello in materia ambientale che rientri nell'ambito degli «altri giudizi nelle materie specificate dalla legge», di cui all'art. 1, comma 2 dell'allegato 1 al d.lgs. 174/2016, attratti nell'ambito della giurisdizione contabile, possano essere applicate previsioni aventi carattere di specialità⁷¹.

Così, a fondamento della competenza del giudice contabile risiederebbe l'evidenziata “specialità” della disciplina di cui al Testo unico in materia ambientale.

Di particolare rilievo per l'aspetto in esame appare, inoltre, il successivo art. 52, comma 1, dell'allegato 1 al d.lgs. 174/2016, concernente l'obbligo di denuncia del danno e l'onere di segnalazione, ove si rinviene un rimando specifico a provvedimenti legislativi speciali del seguente tenore: «ferme restando le dispo-

⁶⁹ Il codice in questione è stato approvato sulla base di quanto statuito dall'art. 20 della legge delega, n. 124/2015, c.d. legge Madia, al fine del riordino della procedura dei giudizi innanzi alla Corte dei conti, che ha previsto l'adozione di «disposizioni di semplificazione e razionalizzazione dei principi vigenti in materia di giurisdizione del giudice contabile e di riparto delle competenze rispetto alle altre giurisdizioni».

⁷⁰ Secondo taluni la materia del danno ambientale dovrebbe essere ricondotta alla generale nozione di «contabilità pubblica» (cfr., in particolare, S.M. Pisana, *La responsabilità amministrativa*, Torino, 2007, 191).

⁷¹ Si v. in merito V. Molaschi, *Danno ambientale e Corte dei conti*, cit., 140 ss. Cfr. altresì W. Giulietti, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012, 140-141.

zioni delle singole leggi di settore in materia di denuncia di danno erariale». È la stessa relazione di accompagnamento al Codice della giustizia contabile, in sede di commento all'art. 52, a fare esplicito riferimento, a proposito delle disposizioni delle leggi di settore, all'art. 313, comma 6, del d.lgs. 152/2006, laddove dispone l'invio del rapporto all'Ufficio del procuratore presso la Corte dei conti competente per territorio.

Del pari, eloquente appare il comma 6 del medesimo articolo, a mente del quale la pubblica amministrazione denunziante è obbligata a «porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione».

Si rammenta – come esplicitato nella relazione al Codice di giustizia contabile – che la violazione dell'obbligo di denuncia ad opera dei soggetti tenuti alla medesima configura ipotesi di responsabilità amministrativa, per omissione, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 3, della legge n. 20/1994.

La giurisdizione contabile in materia di danno ambientale

Scopo dell'indagine è essenzialmente quello di comprendere quale spazio residui ad oggi, all'esito delle riforme in materia (così, in particolare, l. 349/1986 e Testo Unico in materia ambientale, d.lgs. n. 152/2006) in capo al giudice contabile laddove si tratti di danno cagionato all'ambiente ad opera di soggetti sottoposti alla giurisdizione del medesimo. Particolare attenzione è dedicata all'analisi del dettato dell'art. 313, comma 6 d.lgs. 152/2006 ed all'interpretazione che la prevalente dottrina e giurisprudenza hanno adottato del medesimo. Il contributo si conclude con alcune riflessioni critiche, alla luce della più recente normativa di riordino delle attribuzioni proprie della Corte dei conti.

The jurisdiction of the Court of Auditors regarding environmental damage

The purpose of the investigation is essentially to understand what residual space is given, following the subsequent reforms on the subject (in particular, Law No. 349/1986 and Legislative Decree No. 152/2006) to the Court of Auditors in the case of damage caused to the environment by agents subject to the jurisdiction of the Court. Particular attention is devoted to the analysis of the dictation of Art. 313, Paragraph 6 of Legislative Decree 152/2006 and to the interpretation that the prevailing jurisprudence and the authors have adopted about it. The contribution concludes with some critical reflections, in the light of the most recent legislation concerning the reorganisation of the powers of the Court of Auditors.

Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: il Reddito di cittadinanza come strumento di reddito minimo garantito

Paola Grazioli

SOMMARIO: 1. La povertà come fenomeno di esclusione sociale. – 2. Reddito minimo universale *vs* garantito: un chiarimento concettuale. – 3. L'Unione europea e l'inclusione sociale: la garanzia del reddito minimo. – 4. L'esperienza italiana nella sperimentazione del reddito minimo. In particolare, il Reddito di inclusione e il Reddito di cittadinanza in un'ottica comparativa. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *La povertà come fenomeno di esclusione sociale*

Nella sua accezione prettamente economica, il termine povertà è correlato alle condizioni materiali di vita – reddito, possibilità di accedere ai consumi – e evidenzia un'impossibilità a soddisfare i propri bisogni e a condurre una vita sociale dignitosa.

Purtuttavia, quando si parla di povertà e, in particolar modo, di povertà estrema, è opportuno adottare un approccio non fondato sull'esclusiva considerazione del fattore reddituale ed economico: ad incidere sulla definizione di povertà vi sono, infatti, diversi elementi, attinenti alla situazione individuale, al contesto ambientale e sociale in cui la persona povera si colloca; le conseguenze della povertà possono, peraltro, dipendere anche da condizioni non materiali dell'esistenza, quali, ad esempio, la possibilità di accedere alla formazione professionale e quella di scegliere un'occupazione secondo le proprie capacità ed aspirazioni¹.

Sotto questo profilo, ci si sposta da una considerazione della povertà fondata esclusivamente sul livello del reddito, da leggere secondo una prospettiva quantitativa e distributiva, per esaminare la povertà anche come fenomeno di disagio e isolamento non volontario e, quindi, di esclusione sociale².

¹ Per utilizzare la terminologia di A. Sen, si potrebbe dire che «si è poveri quando non si riescono a tradurre le proprie capacità in funzionamenti» (*Commodities and Capabilities*, Oxford, 1985).

² F. Fracchia, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in questa *Rivista*, 2004, 41 ss.

Povert  ed esclusione sociale sono dunque temi che devono essere affrontati insieme, in quanto si alimentano reciprocamente: le condizioni di povert  e di esclusione sociale si determinano, infatti, ogniqualevolta all'individuo sia preclusa la possibilit  di affermare la propria dignit  di persona.

Parlare di povert  ed esclusione sociale significa anche occuparsi di solidariet , eguaglianza, libert  e cittadinanza³.

Il riferimento alla solidariet , il cui principio   espresso dall'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalit » e, nel contempo, «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidariet  politica, economica e sociale»,   evidente: bisogna essere solidali «verso coloro che la sorte naturale o sociale ha posto inizialmente in situazioni meno favorevoli che la nostra»⁴.

Altrettanto evidente   il riferimento all'art. 38, comma 1, Cost., che vuole garantire ad ogni cittadino «inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» il diritto all'assistenza sociale.

Del resto, l'art. 128, comma 2, del d.lgs. n. 112/1998, nel fornire la definizione di servizi sociali, ripresa in seguito dall'art. 1, comma 2, della l. n. 328/2000, vi ricomprende anche l'erogazione di «prestazioni economiche [...] destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficolt  che la persona umana incontra nel corso della sua vita».

Il tema della solidariet  viene, dunque, in rilievo quando si discute del sistema di *welfare* universalistico e selettivo⁵, teso a garantire un sussidio a tutti coloro che si trovino in condizione di fragilit  economica e sociale.

Anche la dottrina si occupa del tema, sottolineando, in particolare, come sia a livello costituzionale, che sul piano legislativo, siano stabiliti obblighi in capo non solo agli apparati erogatori di servizi, ma anche agli stessi utenti, al contempo «destinatari e artefici di solidariet »⁶, eccezione fatta per le ipotesi in cui si tro-

³ Sul tema della povert  in relazione ai principi di solidariet  e dignit  si rinvia a Q. Camerlengo, *Il senso della Costituzione per la povert *, in *Osserv. cost.*, 2019, 7-32.

⁴ P. Van Parijs, *Oltre la solidariet . I fondamenti etici dello Stato sociale e del suo superamento*, in Aa.Vv., *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, a cura di Basic Income Network Italia, Roma, 2009, 194. Cfr. S. Galeotti, *Il valore della solidariet *, in *Dir. soc.* 1996, 1 ss.

⁵ Sul carattere universalistico e al contempo selettivo del modello di *welfare* recepito dal nostro ordinamento si rinvia a V. Molaschi, *Universalit  e selettivit  del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Riflessioni sulle criticit  di un difficile equilibrio*, in <http://www.giustamm.it>, 11/2012; P. Carrozza., *Riforme istituzionali e sistemi di welfare*, in Aa.Vv., *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, a cura di M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino, Bologna, 2010, in partic. 215 ss.; A. Gualdani, *I servizi sociali tra universalismo e selettivit *, Milano, 2007; in tema di povert  v. E. Granaglia, «Universalismo selettivo» e contrasto della povert : necessit , condizioni, criticit , in Aa.Vv., *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la «Commissione Onofri»*, a cura di L. Guerzoni, Bologna, 2008, 134 ss.

⁶ V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, 52 ss.

vino nell'impossibilità di provvedere in tal senso. Così concepita, la solidarietà si atteggia come «biunivoca» o bilaterale, muovendosi in una duplice direzione: dal sistema al privato e viceversa.

La misura di protezione sociale definita come reddito minimo garantito, alla quale sarà dedicata ampia trattazione in questo lavoro, muove sicuramente da una concezione della solidarietà come biunivoca o bilaterale. A fronte della corresponsione al soggetto bisognoso di un reddito minimo, lo stesso si deve impegnare nel cercare un lavoro o nel seguire programmi di formazione o di inserimento lavorativo.

La povertà è pure un problema di eguaglianza⁷, nel senso che si configura come condizione di libertà. Essere liberi significa non doversi far carico di problemi legati ad una fragilità economica e sociale: «al fondo, ciò che è offensivo nella povertà [...] è che chi è povero non ha un grado sufficiente di controllo sulla propria vita tramite l'esercizio del diritto di scelta»⁸.

In una diversa accezione, il connubio povertà-libertà può essere inteso come fondamento delle misure di protezione sociale del reddito di base e del reddito minimo garantito. In particolare, i fautori del reddito di cittadinanza o reddito di base (in argomento si rimanda al paragrafo che segue) ritengono che l'assicurare al beneficiario un reddito svincolato dal lavoro potrebbe servire per «proteggere l'individuo dalla fluidità e mobilità produttive tipiche del capitale in epoca post-fordista e ad evitare che si sia forzati, per ragioni di bisogno, in attività mortificanti o penalizzanti»⁹.

I temi della povertà e dell'esclusione sociale sono altresì in stretto rapporto con quello della cittadinanza, derivante dall'appartenenza dell'individuo ad un nucleo sociale. Pensando il binomio povertà-cittadinanza, si può rilevare come esso trovi applicazione in materia di *social minimum benefits*, che si traducono nella garanzia

Per una lettura della nozione di servizi sociali alla luce dei concetti di solidarietà biunivoca e solidarietà personale, si veda V. Molaschi, *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in questa *Rivista* 2004, 95 ss.; F. Fracchia, *op. cit.*, 41 ss.

⁷ Sul rapporto tra diritti sociali e eguaglianza, cfr. M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 804, ritiene che la Costituzione italiana esprime chiaramente la derivazione dei diritti sociali dall'eguaglianza sostanziale, essendo il diritto sociale «l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali, allo scopo di assicurare l'eguaglianza delle situazioni malgrado la differenza delle fortune». Sul legame tra diritti sociali ed art. 3, comma 2, si veda anche, *ex plurimis*, la ricostruzione di B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001 122 ss.; C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'uguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in *Aa.Vv.*, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, a cura di Id., Napoli 2012, 396 ss.

⁸ C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 51.

⁹ G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e l'Europa*, Torino, 2011, 59; nello stesso senso L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 407; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 245.

di un reddito minimo, quale condizione materiale per poter esercitare diritti e, conseguentemente, poter partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese.

2. *Reddito minimo universale vs garantito: un chiarimento concettuale*

Due sono i dibattiti che parallelamente si fanno strada nel corso del '900, entrambi volti a legare il *Welfare State*¹⁰ al tema del reddito: quello che vuole misure di universalismo selettivo e condizionate contro la povertà, che trova applicazione nelle politiche di reddito minimo garantito, attuate nella maggior parte degli Stati europei, e quello sulle misure di universalismo pieno, supportato da politiche per un reddito di base incondizionato.

Nel trattare il tema delle misure in oggetto, il problema della loro corretta denominazione, di ciò che le contraddistingue e le differenzia da altre, non è di scarso rilievo, poiché il modo con cui vengono definite richiama l'idea dell'orientamento sotteso e dà risvolti applicativi differenti.

Una serie di elementi distintivi, diversamente combinati tra di loro, connotano la misura e le danno significato. Tali elementi riguardano alcune scelte di fondo, quali: la finalità dello strumento (contrasto alla povertà o ammortizzatore sociale), la prestazione universale o selettiva, la presenza o meno di un vincolo a fronte della corresponsione del beneficio, l'erogazione in termini di quota fissa o proporzionata, la sua durata illimitata o limitata.

La principale discriminante che diversifica i due gruppi di misure è, sicuramente, da ricercare nella condizionalità o meno dello strumento di reddito minimo in relazione, solitamente, al requisito di natura reddituale.

Vi è poi la condizione dell'universalità, stante il discrimine tra universalità assoluta e selettiva.

Le proposte a sostegno del reddito minimo incondizionato si rifanno a principi di universalismo pieno e concepiscono il diritto al reddito come diritto di cittadinanza (impiegando la denominazione più diffusa e accreditata, rientrano in tale categoria le misure indicate come reddito di base, *basic income*); quelle a fondamento del reddito minimo condizionato aderiscono, invece, a principi di universalismo selettivo e trovano un proprio riscontro nelle misure di reddito minimo garantito, nelle sue varie denominazioni e declinazioni.

Il reddito minimo universale, reddito di cittadinanza o, più frequentemente, reddito di base (*basic income*) è, dunque, «un reddito versato da una comuni-

¹⁰ In tema di *Welfare State*, v., in particolare, la ricostruzione operata da G. Sabattini, *Welfare state. Nascita, evoluzione e crisi. Le prospettive di riforma*, Milano, 2009.

tà politica a tutti i suoi membri, su base individuale, senza controllo delle risorse né esigenza di contropartite»¹¹.

Si tratta di una prestazione monetaria che ha cadenza regolare, ossia, è regolarmente garantita nel tempo ed è irrevocabile; è universale, in quanto rivolta a tutti, senza eccezione alcuna; è individuale, poiché spetta al singolo e non al gruppo familiare; è incondizionata, in quanto garantita indipendentemente dal reddito, dal patrimonio e senza obblighi da parte di chi la riceve; è cumulabile con altri redditi. L'erogazione monetaria viene garantita dalle risorse pubbliche attraverso la fiscalità generale. In molte proposte europee il finanziamento viene indicato come «bonus statale», «dividendo nazionale» o con un *euro-dividend* per i cittadini europei¹².

Il problema della sostenibilità finanziaria della misura dipende, in buona parte, dall'entità del suo importo. Sul punto, i più ritengono che il reddito di base debba essere sufficiente a condurre un'esistenza dignitosa¹³; ma, in realtà, «il diritto al *basic income* non comporta quello alla sussistenza», sicché «un reddito di base potrà scendere al di sotto oppure superare qualunque livello di reddito considerato sufficiente a coprire i bisogni primari di una persona»¹⁴.

Ad oggi, l'unica entità politica statale che abbia introdotto stabilmente un autentico *basic income* è l'Alaska attraverso il *Permanent Fund Dividend* finanziato con i profitti provenienti da un fondo sovrano statale cui affluiscono le *royalties* sui vasti giacimenti petroliferi¹⁵.

¹¹ Come già rilevato, il principale teorico del *basic income* è Philippe Van Parijs, di cui, *ex multis*, P. Van Parijs, *Real freedom for all: what (if anything) can justify capitalism?*, Oxford, 1995; Id., *Why Surfers Should Be Fed: the Liberal Case for an Unconditional Basic Income*, in *Philosophy and Public Affairs*, 1991, 2; Id., *Reddito di base, ragioni a confronto*, in Aa.Vv., *La democrazia del reddito universale*, a cura di G. Bronzini, A. Fumagalli, M. Bascetta, A. Caille, C. Offe, D. Purdy, P. Van Parijs, Roma, 1997; P. Van Parijs, *The alternative proposal: basic income: a simple and powerful idea for the 21st century*, in Aa.Vv., *Verso nuove forme di welfare*, a cura di Osservatorio «Giordano Dell'Amore», Milano, 2003; Id., *A Short History of Basic Income*, in <http://www.basicincome.org>; Id., Y. Vanderborght, *Il reddito minimo universale (2005)*, Milano, 2006.

Sul tema si rinvia anche a C. Del Bò, *Basic income e teoria liberale*, in Aa.Vv., *Reddito per tutti*, cit., 87; Id., *Un reddito per tutti. Un'introduzione al basic income*, Pavia, 2004.

¹² Cfr. P. Van Parijs, *The Eurodividend: why the EU should introduce a basic income for all*, in *Paper per la London School of Economics and Political Science Blog*, 15 luglio 2013. In tema si veda Id., *Perché l'euro ha bisogno di politiche redistributive. La proposta di Philippe Van Parijs*, in <http://www.bin-italia.org/perche-leuro-ha-bisogno-di-politiche-redistributive-la-proposta-di-philippe-van-parijs/>.

¹³ Così, ad esempio, P. Petit, *Un diritto repubblicano al reddito di base?*, in Aa.Vv., *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, a cura di Basic Income Network Italia, Roma, 2009, 208; C. Offe, *Il bisogno di rifondazione dei principi della giustizia sociale*, in *L'inchiesta*, nn. 83-84/1989, 15; A. Caille, *Tempo scelto e reddito di cittadinanza. Oltre il lavoro salariato universale*, in Aa.Vv., *La democrazia del reddito universale*, cit., 118.

¹⁴ Per P. Van Parijs, *Reddito di base, ragioni a confronto*, cit., 178, 207; di medesimo avviso è D. Purdy, *Cittadinanza, Reddito di cittadinanza e Stato*, in Aa.Vv., *La democrazia del reddito universale*, cit., 160.

¹⁵ L'Alaska è il solo Paese nel mondo nel quale si riconosce un'allocatione universale, sia pur di livello inferiore al «minimo vitale». Nel 1976, con un emendamento costituzionale, è stato creato l'*Alaska Permanent Fund Dividend*, che investe una porzione delle entrate minerarie dello Stato a beneficio di tutte le generazioni di Alaskani. Il fondo, al quale affluiscono le *royalties* del petrolio e del gas, costituisce un portafoglio di investimenti diversificato da cui viene tratto un dividendo annuale per tutti i residenti dell'Alaska dai sei mesi in su: ogni residente (che abbia vissuto in Alaska per almeno un anno) è considerato proprietario di parte delle risorse dello

A parte il caso dell'Alaska ed alcune sperimentazioni in Europa¹⁶, la formulazione della misura del *basic income* è rimasta confinata al dibattito teorico: pur presentando l'innegabile vantaggio di garantire un reddito a tutti, per l'applicazione della misura rimane il problema della sua sostenibilità finanziaria e, forse, anche quello di assicurare un'efficace lotta alla povertà, impiegando risorse per sostenere un reddito universale, anche a chi non ne ha immediato bisogno¹⁷.

Il c.d. universalismo selettivo è alla base, invece, della misura del Reddito minimo garantito, intendendosi per essa una prestazione monetaria, a importo differenziale, pari almeno alla soglia di sussistenza, da erogarsi a tutti coloro, individui o famiglie, che versino in condizioni di bisogno, per mancanza di un reddito e di un patrimonio sufficiente per condurre un'esistenza dignitosa¹⁸.

Il sostegno economico spetta, dunque, ai soli bisognosi sulla base di una "prova dei mezzi" (o *means test*) ed è finanziato dalla fiscalità generale, senza apporti contributivi da parte dei beneficiari¹⁹. Solitamente l'erogazione del beneficio è condizionata, chiedendosi, in cambio della prestazione, alle persone in età lavorativa e abili al lavoro di svolgere un'attività lavorativa o socialmente utile (azioni di attivazione al lavoro, come l'orientamento, la formazione, il collocamento).

Il beneficiario non può sottrarsi né tanto meno rinunciare a congrue offerte di lavoro, pena la riduzione del trasferimento economico o l'esclusione dal programma. Il Reddito minimo garantito ha durata sino a quando permangano le condizioni di povertà.

Si tratta, dunque, di una misura che differisce dai tradizionali sussidi ai poveri per diverse ragioni: è pensata come una prestazione che, non essendo rimessa alla pura e semplice discrezionalità dell'amministratore, è fondata su criteri universalisti.

Stato e riceve un dividendo annuale legato al mercato per evitare le forti oscillazioni del petrolio. Per approfondimenti si rinvia a <http://www.pfd.alaska.gov>.

¹⁶ Nel dicembre del 2017 la città di Zurigo ha votato a favore della sperimentazione di un reddito di base nella città. Per altre informazioni si veda S. Gobetti, *Referendum per il reddito di base in Svizzera, vincono i No ma festeggiano i Sì*, in Aa.Vv., *Thank You Switzerland dopo il referendum sul reddito di base in Svizzera*, a cura di Bin Italia, in *Quaderno per il Reddito*, 2016, 5.

In Finlandia, nel gennaio 2017, ha preso avvio l'erogazione di un reddito di base su un campione casuale di 2000 cittadini, con età compresa tra i 25 e 58 anni, che ricevono una somma pari a 560 euro, per due anni (la durata dell'esperimento), senza obbligo di cercare, né accettare un impiego. E comunque, anche nell'ipotesi di occupazione lavorativa, lo Stato è tenuto a garantire al beneficiario l'importo del reddito di base.

Sulle differenti sperimentazioni ed esperienze internazionali in merito al reddito di base v: <http://www.bin-italia.org>; www.basicincome.org; www.ubie.org. e, in particolare, S. Gobetti, L. Santini, *Reddito di base, tutto il mondo ne parla. Esperienze, proposte e sperimentazioni*, Firenze, 2018, 63.

¹⁷ G. Busilacchi, *Welfare e diritto al reddito*, Milano, 2014, 26.

¹⁸ C. Tripodina, *op. cit.*, 31.

¹⁹ Il reddito minimo garantito è una misura assistenziale a differenza del reddito di base, che si qualifica come una misura universalistica sia sul piano del finanziamento che su quello della copertura.

stici e standardizzati; è affiancata da misure di accompagnamento, volte a reintegrare i beneficiari nel tessuto sociale ed economico, favorendone l'inclusione²⁰.

3. *L'Unione europea e l'inclusione sociale: la garanzia del reddito minimo*

Nell'ordinamento giuridico europeo non esistono allo stato né direttive, né regolamenti che disciplinino il tema del reddito minimo, ma è possibile distinguere, nell'ambito degli atti giuridici provenienti dall'Ue, tra strumenti di *hard law* e strumenti di *soft law*, a seconda della "forza", più o meno vincolante, che caratterizza il provvedimento emanato²¹, destinata a guidare la cooperazione e il coordinamento tra Stati membri in materia di politiche sociali.

Partendo dagli strumenti di *hard law*, un primo riferimento importante al concetto di *ius existantiae* è contenuto nel Trattato sull'Unione europea (TUE), nella versione consolidata a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal Trattato di Lisbona, che all'art. 2, tra i valori fondanti l'Unione, reca il «rispetto della dignità umana», in una società caratterizzata, tra l'altro, «dalla giustizia, dalla solidarietà».

L'articolo 3, nell'indicare gli obiettivi primari dell'Unione, include, al comma 3, «lo sviluppo sostenibile dell'Europa», basato «su un'economia sociale di mercato», che mira «alla piena occupazione e al progresso sociale» e, al comma 4, «combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali».

Altre significative disposizioni si ritrovano nel titolo X del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), dedicato alla Politica sociale, materia rientrante, ex art. 4, comma 2, tra le materie di competenza concorrente Unione – Stati; in particolare, l'art. 151 pone come obiettivi dell'Unione e dei singoli Stati membri «la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione»; mentre l'art. 153, al comma 1, prevede che, per conseguire tali obiettivi, l'Unione sostiene e coordina l'azione degli Stati membri, in settori quali, tra gli altri, «j) lotta contro l'esclusione sociale»²².

²⁰ Per una analisi comparata dei diversi modelli europei di Reddito minimo garantito v. M. Baldini, G. Busilacchi, G. Grillo, *Da politiche di reddito minimo a sistemi integrati nel contrasto alla povertà? Un'analisi di dieci paesi europei*, in *Riv. pol. soc.*, 2018, 2, 189 ss.

²¹ Aa.Vv., *Reddito minimo garantito. Un progetto necessario e possibile*, a cura di Bin Italia, Torino, 2012, 76-77.

²² Per Aa.Vv., *Reddito minimo garantito*, cit., 80, «posto che l'art. 153 TFUE, lettera j) per la lotta all'esclusione sociale (previsione aggiunta dal Trattato di Nizza) non autorizza l'adozione di trattamenti minimi mediante direttive, ma solo l'adozione di misure destinate a incoraggiare la cooperazione e il coordinamento tra

Il diritto al reddito minimo, quale *fundamental right*, trova un proprio riconoscimento nell'art. 34, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (ex art. 6 del Trattato sull'Unione), nel quale si legge che «al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa, volti a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali»²³.

Il diritto al reddito minimo viene dunque elevato a diritto fondamentale «a matrice europea», capace di garantire ad ogni individuo le condizioni materiali per condurre un'esistenza dignitosa²⁴.

Se già i trattati di Amsterdam e di Nizza attribuivano alla Comunità europea il compito di sostenere e completare l'azione degli Stati membri negli obiettivi di politica sociale, è solo con la cosiddetta Strategia di Lisbona, adottata nella sessione straordinaria del marzo 2000 del Consiglio Europeo, che la lotta alla povertà entra ufficialmente tra i fini strategici dell'Unione europea.

Quanto alla promozione dell'inclusione sociale, il Consiglio europeo dichiara che «il numero delle persone che nell'Unione vivono al di sotto della soglia di povertà e in condizioni di esclusione sociale è inaccettabile», e che «occorrono iniziative per imprimere una svolta decisiva alla lotta contro la povertà fissando obiettivi adeguati»²⁵. A tal fine, viene disposta l'introduzione di un nuovo Metodo aperto di coordinamento (MAC)²⁶, per «promuovere una migliore com-

Stati membri, a esclusione di qualsiasi armonizzazione, questo settore e il contrasto della povertà rimangono in gran parte nell'ambito dei cosiddetti processi di *governance* e possono avvalersi di strumenti più flessibili di quelli tipici della disciplina cogente sovranazionale come direttive e regolamenti: non l'*hard law* ma la cosiddetta *soft law*. Non va però dimenticato che il sistema ordinamentale dell'Unione consente anche altre strade che possono disciplinare la materia, sia pure indirettamente, come l'adozione di trattamenti minimi per l'integrazione delle persone escluse nel mondo del lavoro (art. 153, lett. h).

²³ A. Giorgis, *Art. 34*, in Aa.Vv., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, 2001, 242. Si veda anche E. Paciotti, *Libertà-solidarietà*, in Aa.Vv., *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002, 107 ss.; S. Niger, *Reddito universale di cittadinanza e diritto all'esistenza. Primi appunti*, in <http://www.astrid-online.it>.

²⁴ C. Tripodina, *op. cit.*, 172.

²⁵ Consiglio europeo, Lisbona 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, punto n. 32.

²⁶ L'*Open method of coordination* (OMC) o metodo aperto di coordinamento (MAC) è uno strumento di *governance* dell'Unione europea, inaugurato dal Consiglio europeo di Lisbona nel marzo del 2000, per attuare l'obiettivo strategico per il decennio 2000 – 2010, volto a conciliare competitività e coesione sociale.

Sul Metodo aperto di coordinamento si veda, in particolare, G. Messina, *Il metodo aperto di coordinamento: un nuovo strumento di governance*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, 2016, 1-15; S. Baroncelli, O. Farkas, *Il Metodo di Coordinamento Aperto e le sue applicazioni al governo economico e occupazionale dell'Unione europea: il contesto comunitario e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2008, fasc. 1; sul Mac riguardante le politiche di protezione sociale e di inserimento sociale si vedano in dottrina Aa.Vv., *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, a cura di E. Ales, M. Barbera, F. Guarriello, Milano, 2011; M. Barbera, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006; G. Bronzini, *L'Europa e il suo modello sociale:*

preensione dell'esclusione sociale attraverso un dialogo costante nonché scambi di informazioni e di buone prassi»²⁷.

Nel contesto di forte preoccupazione per le conseguenze della crisi, la Strategia di Lisbona cede il passo alla Strategia Europa 2020²⁸, che individua l'Europa quale soggetto collettivo e identifica quali attributi di crescita comuni la sostenibilità e l'inclusività, collegati ad elevati livelli di occupazione, produttività, coesione sociale.

Con riferimento alla seconda direttrice, quella che attiene all'inclusione sociale, essa è stata in particolar modo sviluppata anche da importanti atti dell'Unione europea, come raccomandazioni e risoluzioni, che, qualificabili come strumenti di *soft law*, rappresentano, pur se privi di contenuto prescrittivo, espressione di linee di tendenza dell'ordinamento europeo e fonti di interpretazione del diritto al reddito minimo garantito²⁹.

Particolarmente significative sono al riguardo due raccomandazioni: la raccomandazione del Consiglio del 24 giugno 1992³⁰ e la raccomandazione della Commissione europea del 3 ottobre 2008³¹.

Nella prima, in cui vengono definiti i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale, il Consiglio raccomanda agli Stati membri di garantire «il diritto fondamentale della persona a risorse e a prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana» e di adeguare di conseguenza i propri sistemi di protezione sociale.

l'innovazione istituzionale alla prova, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 1/2008, 97; G. Bronzini, S. Giubbini, *La nuova agenda europea in materia sociale e il metodo aperto di coordinamento*, in *Arel*, aprile 2010, 25; Aa.Vv., *Governance e politiche nell'Unione europea*, a cura di M. Ferrera, M. Giuliani, Bologna, 2008; R. Tangorra, *Lisbona, metodo aperto di coordinamento, EU 20-20: dieci anni di indicatori sociali nell'Unione europea*, in *Riv. pol. soc.*, 2011, 1, 335 ss.

²⁷ Consiglio europeo, Lisbona 23 e 24 marzo 2000, Conclusioni della Presidenza, punti 33 e 37.

²⁸ Comunicazione della Commissione "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" – COM (2010) 2020, del 3 marzo 2010. La lotta contro la povertà e l'esclusione sociale è uno degli obiettivi prioritari della strategia Europa 2020, che ha istituito la Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale. Essa pone, per la prima volta, l'obiettivo di far uscire dalla povertà almeno venti milioni di persone entro il 2020 sulla base di tre indicatori combinati: rischio di povertà (inteso come la percentuale di persone che vivono con meno del 60% del reddito mediano nazionale), grave deprivazione materiale (che consiste in una mancanza di risorse determinata sulla base di un paniere specifico) e intensità di lavoro molto bassa (il fatto di vivere in un nucleo familiare senza occupati). Per un'analisi puntuale v. A. Carparelli, K. Berti, *Europa 2020. Le politiche contro la povertà e l'esclusione sociale nella strategia europea per il prossimo millennio*, in *Riv. pol. soc.*, 2010, 4, 53 ss. Critico sull'efficacia della Strategia Europa 2020 è M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 418: «Anche in questo caso gli strumenti per verificare la realizzazione degli obiettivi sembrano piuttosto blandi, traducendosi in raccomandazioni specifiche ai singoli Stati precedute da pareri con possibilità di un "avvertimento politico" in caso di inerzia».

²⁹ Aa.Vv., *Reddito minimo garantito*, cit., 99.

³⁰ Raccomandazione del Consiglio europeo del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale (92/441/CEE).

³¹ Raccomandazione della Commissione europea del 3 ottobre 2008, relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro (2008/867/CE). La Commissione europea chiede di «riconoscere il diritto fondamentale della persona a risorse e prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana, nel quadro di un dispositivo globale e coerente di lotta contro l'esclusione sociale».

Tale raccomandazione, considerata lo «strumento di riferimento per l'azione comunitaria in materia di povertà e di esclusione sociale»³², viene ripresa da quella della Commissione del 3 ottobre 2008, che apre la strada a politiche in materia di reddito minimo.

Il Parlamento europeo, riprendendo le affermazioni della Commissione in più risoluzioni³³ richiama, in quella del 19 gennaio 2017³⁴, il tema del reddito minimo non solo come strumento di lotta contro la povertà e l'esclusione sociale, ma anche come strumento di piena e libera partecipazione dell'individuo alla realtà sociale e produttiva cui appartiene.

La più recente iniziativa, che coinvolge l'UE nella lotta alla povertà e all'esclusione sociale, prende avvio dal vertice sociale di Göteborg del 17 novembre 2017, all'esito del quale il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno approvato il «Pilastro europeo dei diritti sociali». L'elenco di azioni previste nel Pilastro evidenzia una progressiva e sempre più incisiva consapevolezza del ruolo dell'Unione europea nel sostenere l'equità dei sistemi di protezione sociale³⁵.

4. *L'esperienza italiana nella sperimentazione del reddito minimo. In particolare, il Reddito di inclusione e il Reddito di cittadinanza in un'ottica comparativa*

Secondo un'analisi di Eurostat del febbraio 2017, il nostro Paese conta, in valori assoluti, più poveri in Europa³⁶ e secondo le stime diffuse dall'Istat, relative all'anno 2018, sono presenti in Italia oltre 1,8 milioni di famiglie in povertà assoluta (con un'incidenza pari al 7,0%), per un totale di 5 milioni di individui (incidenza pari all'8,4%). Il profilo della povertà sembra, peraltro, essere caratterizzato da una

³² Raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2008, cit., punto 2.

³³ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 sull'agenda sociale rinnovata (2008/2330(INI)). Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2011 sulla piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale (2011/2052(INI)); Risoluzione del Parlamento europeo sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa (2010/2039(INI)). Sulla predetta risoluzione, v. Aa.Vv., *The role of minimum income for social inclusion in the European Union, 2007/2010, European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, 2011*, a cura di C. Crepal-di, C. Castegnaro, S. Naaf, D. Mesini, in <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>; G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza*, cit., 76 ss., che definisce la risoluzione «coraggiosa sul piano ideale, ma timida sul piano politico-istituzionale»; Aa.Vv., *Reddito minimo garantito*, cit., 98 ss.

³⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI))

³⁵ A. Simonato, *Le iniziative europee per la lotta alla povertà*, in *Aggiorn. soc.*, 2018, 74-76.

³⁶ È quanto emerge dalle analisi dall'Ufficio Statistico dell'Unione Europea sul tasso di privazione sociale. In argomento si rimanda a http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Income_distribution_statistics/it.

maggiore incidenza delle famiglie numerose, in particolare con figli minori, e da una crescita esponenziale del fenomeno nelle fasce più giovani della popolazione³⁷.

Le variabili territoriali sono, peraltro, elementi di complicazione dello scenario: permane, infatti, un dato di disomogeneità regionale, per quanto concerne le dotazioni di servizi alla persona e le effettive possibilità di accesso agli stessi. Per di più, i “rischi”, tradizionalmente assicurati dal sistema di *welfare* italiano (vecchiaia, malattia, disoccupazione), hanno dato luogo a misure distinte, non comunicanti tra di loro, al di fuori di un disegno unitario³⁸.

Il nostro Paese ha, dunque, sino all'introduzione delle più recenti misure, faticato nel dare avvio ad un efficace strumento di contrasto alla povertà³⁹.

Senza voler dimenticare che la misura del Reddito minimo di inserimento era già da ricondurre nei «livelli essenziali»⁴⁰, di cui all'art. 22, comma 2, lett. a), della l. n. 328/2000⁴¹.

Il dibattito politico delle ultime legislature ha ripreso con vigore la tematica di un sistema di tutela del reddito, mediante l'introduzione di una prestazione di sicurezza sociale, finanziata dalla solidarietà generale e sostenuta da un'idea di *welfare* universalistico (sia pure, come si vedrà, temperato dal criterio della selettività), volta al superamento del tradizionale *welfare* categoriale.

Il Reddito di inclusione (Rei) è stato senza dubbio un primo passo in tale direzione.

³⁷ Cfr. <http://www.istat.it/archivio/231263>.

³⁸ Cfr. U. Ascoli, *Il welfare in Italia*, Bologna, 2011, 3 ss.

³⁹ Le ragioni del fallimento di tali sperimentazioni possono essere ricondotte all'assenza di direttive chiare, di strumenti informatici e di monitoraggio adeguati, di un supporto ai territori nell'organizzazione dei programmi di inserimento e, non da ultimo, all'incapacità degli enti pubblici di predisporre strumenti credibili di reinserimento sociale dei beneficiari.

⁴⁰ Sui livelli essenziali in materia di assistenza, si rinvia a V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 186 ss.; Id., *I livelli essenziali di assistenza sociale*, in Aa.Vv., *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, a cura di R. Morzenti Pellegrini, V. Molaschi, Torino, 2012, 107 ss.; S.A. Frego Luppi, *I principi*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, a cura di E. Codini, A. Fossati, A. Frego Luppi, Torino, 2011, 35 ss.; A. Gualdani, *I servizi sociali tra universalismo e selettività*, Milano, 2007, in partic. 138 ss.; F. Pizzolato, *La procedura per la determinazione dei livelli essenziali di assistenza sociale*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it> (2007); G. Guiglia, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova, 2007; E. Jorio, *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano, 2006, 131 ss.; V. Berlingò, *La nozione di servizio sociale e la qualificazione giuridica delle pretese a ricevere le prestazioni di cui alla legge 328 del 2000*, in Aa.Vv., *Codice delle cittadinanza. Commentario dei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche*, a cura di R. Ferrara, F. Manganaro, A. Romano Tassone, Milano, 2006, 847 ss.; C. Saraceno, *I livelli essenziali di assistenza nell'assetto federale italiano*, in <http://www.reforme.it>, ottobre 2005. In argomento v. altresì C. Gori, *Livelli essenziali delle prestazioni sociali. Dai principi alla pratica?*, in *Pros. soc. san.*, 2003, 15-17. Sui possibili modi di intendere i livelli essenziali nel sociale v. Id., *Applicare i livelli essenziali nel sociale*, in *Pros. soc. san.*, 2003, 15-17, 1 ss.

⁴¹ Sulle vicende del Reddito minimo di inserimento v. V. Molaschi, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali. Livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, cit., 207 ss.; F. Pizzolato, *L'incompiuta attuazione del minimo vitale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 243 ss.; Id., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004.

Il Rei, introdotto dal d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147, in attuazione della legge delega⁴², che detta «Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà», è uno strumento di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale dal carattere universale, condizionato alla valutazione della situazione economica del soggetto richiedente. La misura prevede un beneficio economico, erogato (dall'Inps) mensilmente attraverso una carta di pagamento elettronica (Carta Rei) e un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa, volto al superamento della condizione di povertà.

Si evidenzia, innanzitutto, la natura universalistica della misura, declinata come universalità selettiva, poiché destinata solamente ai poveri, tali secondo i parametri all'uopo definiti: «la scelta dell'universalità è coerente con i presupposti assiologico-costituzionali di una misura finalizzata a garantire un diritto costitutivo della dignità della persona in quanto tale»⁴³. In secondo luogo, viene in rilievo la natura condizionata del Rei. Come evidenziato in dottrina⁴⁴, accanto a un condizionamento definito «di natura sistemica», in quanto attinente al limite delle risorse disponibili, deve rilevarsi il condizionamento relativo alla necessaria attivazione dei beneficiari, in vista della loro inclusione, sociale e lavorativa.

Il Rei, ai sensi dell'art. 2, comma 13, del d.lgs. n. 147/2017, è «livello essenziale delle prestazioni nel limite delle risorse disponibili»⁴⁵. Conseguentemente, sono considerati livelli essenziali delle prestazioni anche i servizi e gli interventi che accompagnano il nucleo familiare dal momento della richiesta del Rei all'affrancamento dalla condizione di povertà ed esclusione sociale: dall'accesso ai servizi, alla valutazione della condizione di bisogno, alla progettazione personalizzata, fino all'individuazione dei sostegni per il nucleo familiare e degli impegni assunti dai suoi membri.

Il Rei, proposto come misura unica di contrasto alla povertà, estesa a tutto il territorio nazionale, a partire dal 1° gennaio 2018, ha assorbito altri strumenti quali il Sia (il Sostegno per l'inclusione attiva) e l'Asdi (l'Assegno di disoccupazione).

⁴² Sulla scia delle disposizioni di legge istitutive del «Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale», la l. 15 marzo 2017, n. 33 ha, infatti, delegato il Governo ad emanare «norme relative al contrasto della povertà, al riordino delle prestazioni e al sistema degli interventi e dei servizi sociali», prevedendo l'adozione di una disciplina del «reddito di inclusione» (Rei) «misura nazionale di contrasto della povertà (...) e dell'esclusione sociale», qualificata come «livello essenziale delle prestazioni da garantire uniformemente in tutto il territorio nazionale» (art. 1, c. 1, lett. a).

⁴³ Cfr. V. Casamassima, E. Vivaldi, *Ius existantiae e politiche di contrasto della povertà*, in *Quad. cost.*, 2018, 134.

⁴⁴ Si veda, tra i tanti, N. Maccabiani, *Una misura nazionale e strutturale di contrasto alla povertà: portata, iter, e profili di rilievo costituzionale*, in *Osserv. cost.*, 2017, 3, 21-22.

⁴⁵ Le risorse disponibili sono presenti nel Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, istituito dalla l. n. 208/2015, per far fronte a precedenti misure di lotta alla povertà. In argomento v. R. Casillo, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4: precedenti, luci e ombre*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 559-561.

Sullo stato di attuazione della misura, l'Osservatorio sul Reddito di inclusione⁴⁶, nel riportare i dati relativi al periodo gennaio 2018 – marzo 2019, evidenzia che, nel corso dei 15 mesi trascorsi dall'istituzione del Rei, sono stati erogati benefici economici a 506 mila nuclei familiari, coinvolgendo un totale di 1,4 milioni di persone.

Inoltre, secondo le stime dell'Inps, la maggior parte dei sussidi sono stati distribuiti a nuclei residenti nelle regioni del Sud (68%) con un valore medio, nelle regioni del Sud, più alto di 50 euro (+21%) e, in quelle del centro, di 33 euro (+12%)⁴⁷.

Dall'analisi dei predetti dati, alcuni esperti della materia⁴⁸ rilevano, in estrema sintesi, come il Rei, pur non avendo inciso in maniera significativa sugli indici di povertà assoluta, abbia comunque contribuito al miglioramento della situazione economica dei soggetti che ne hanno fruito, nei limiti, ovviamente, delle scarse risorse stanziare.

Si può, dunque, ritenere che con l'introduzione del Rei molti passi siano stati compiuti nell'intento di dotare l'Italia di uno strumento di reddito minimo: è stata prevista una misura unica di contrasto alla povertà, mediante la semplificazione delle misure assistenziali già presenti; si è raggiunto l'obiettivo di introdurre una misura selettiva e non categoriale; si è studiato un progetto di attivazione sociale che affianca il sostegno economico⁴⁹.

Se il Rei è, dunque, descritto come «misura unica a livello nazionale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale», il successivo Reddito di cittadinanza (Rdc), introdotto dal d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito con modificazioni nella l. 28 marzo 2019, n. 26, è «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale a garanzia del diritto al lavoro, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione, alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro» (art. 1 del d.l. n. 4/2019).

⁴⁶ L'Osservatorio sulle povertà, disciplinato dall'art. 16, commi 4 e ss. del d.lgs. n. 147/2017, intende promuovere «forme partecipate di programmazione e monitoraggio del Rei, nonché degli altri interventi di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale».

⁴⁷ Cfr. <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemDir=51758>

⁴⁸ V., in particolare, lo scritto di L. Bandera, *Il Reddito di Inclusione funzionava?*, in <http://www.vita.it>, luglio 2019, che riprende le riflessioni di C. Gori, ideatore e referente scientifico dell'Alleanza contro la povertà, l'organizzazione che dal 2013 raggruppa un insieme di soggetti sociali, che hanno come obiettivo la costruzione di politiche pubbliche contro la povertà assoluta in Italia. Per ogni riferimento cfr. <http://www.redditoinclusione.it>.

⁴⁹ C. Tripodina, *Ius existentiæ e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza a confronto*, in *La Cittadinanza europea*, 2018, 60.

Sulla base di tale definizione, il Rdc si configura, pertanto, sia come strumento di politica attiva del lavoro, che di politica sociale di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale.

All'interno dell'impianto complessivo del Rdc, è stata prevista un'ulteriore misura, la «pensione di cittadinanza», nel caso di nuclei familiari composti esclusivamente da uno o più componenti di età pari o superiore a 67 anni, fermi restando gli stessi requisiti di accesso e le stesse regole di definizione previsti per il reddito di cittadinanza, salva differente previsione⁵⁰.

Reddito di cittadinanza e Pensione di cittadinanza costituiscono «livello essenziale delle prestazioni» (art. 1, comma 1), nei limiti delle risorse disponibili⁵¹ e decorrono dal mese di aprile dell'anno 2019.

Nonostante il Rdc, come «misura unica di contrasto alla povertà», abbia sostituito il Rei⁵², pare utile e interessante, per le ragioni che saranno evidenziate, il raffronto tra le due misure.

Se entrambe sono riconducibili alla categoria degli strumenti di contrasto alla povertà, pare diversa (anche se, lo si dirà a breve, solo nelle intenzioni del legislatore) l'estensione della platea dei beneficiari e, di conseguenza, la natura delle rispettive misure.

Come si è già visto, il Rei si rifà ai modelli minimi di matrice europea, integrando, con una ridotta contribuzione, il reddito mensile dei più poveri e prevede interventi di sostegno e di accompagnamento pensati per il nucleo familiare, con analisi, progettazione e gestione del rapporto in capo ai servizi sociali, per i quali sono previste specifiche risorse⁵³.

⁵⁰ Modifica apportata in sede di conversione al d.l. n. 4/2019: all'art. 1, comma 2, è aggiunto il seguente periodo: «La Pensione di cittadinanza può essere concessa anche nei casi in cui il componente o i componenti del nucleo familiare di età pari o superiore a 67 anni, adeguata agli incrementi della speranza di vita di cui al citato articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, convivano esclusivamente con una o più persone in condizione di disabilità grave o di non autosufficienza, come definite dall'allegato 3 al regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159, di età inferiore al predetto requisito anagrafico».

⁵¹ Si fa riferimento a risorse disponibili nel Fondo per il Reddito di Cittadinanza (Fondo Rdc), istituito dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019).

⁵² A coloro ai quali il Reddito di inclusione è stato riconosciuto in data anteriore al mese di aprile 2019 continueranno ad essere erogati il beneficio economico per la durata inizialmente prevista, fatta salva la possibilità di presentare domanda per il Rdc, ed il progetto personalizzato, sottoscritto dai componenti il nucleo familiare beneficiario del Rei, ferma restando l'incompatibilità di contemporanea fruizione del Reddito di cittadinanza e del Reddito di inclusione nell'ambito dello stesso nucleo familiare. Dal 1° aprile 2019, viene, dunque, quasi completamente abrogato il Capo II del d.lgs. n. 147/2017, rimane in vigore il capo III, dedicato al riordino delle prestazioni assistenziali finalizzate al contrasto della povertà e il capo IV, dedicato al rafforzamento del coordinamento degli interventi in materia di servizi sociali. All'interno del capo II soltanto gli articoli 5, 6, 7 e 10 non vengono abrogati, subendo tuttavia modifiche funzionali all'istituzione del Rdc.

⁵³ E. Ranci Ortigosa, *Dal reddito di inclusione al reddito di cittadinanza: continuità o discontinuità?*, in *Prosp. soc. san.*, 2019, 1, 3.

Il Rdc, invece, rievoca, già nella propria denominazione, i principi dell'universalismo incondizionato e, di conseguenza, è destinato ad un *target* di soggetti più esteso rispetto a quello previsto per il Rei, per i quali è prevista un'integrazione del reddito di non poco valore, una delle più elevate fra quelle previste dai Paesi europei nei propri sistemi di reddito minimo.

Anche per quanto riguarda le condizioni di accesso, le due misure differiscono in parte. La normativa sul Rdc prescrive, infatti, il requisito della residenza in Italia da almeno 10 anni, di cui gli ultimi due continuativi; diversamente, per il Rei, erano sufficienti 2 anni, sempre continuativi, a decorrere dalla data di presentazione della domanda.

Nello strumento di più recente introduzione è stata inoltre introdotta la previsione secondo cui i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea debbano produrre una certificazione, rilasciata dalla competente autorità dello Stato estero, sui requisiti di reddito, patrimoniali e sulla composizione del nucleo familiare, tradotta in lingua italiana e resa ufficiale dall'autorità consolare italiana.

Il Rdc è peraltro caratterizzato da criteri di condizionalità particolarmente stringenti⁵⁴.

Con riguardo a tale ultimo aspetto (il Rdc, come il Rei, è una misura condizionata tanto al possesso di determinati requisiti, quanto alla disponibilità a rendersi "occupabile"), è da sottolineare un elemento di diversità tra le due misure: il Rdc sembra concentrarsi prioritariamente sulla natura di *welfare to work* della misura (nella lettera della norma esso è definito anzitutto come «misura di politica attiva del lavoro») e, quindi, sulla necessità di migliorare l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, attraverso un sistema pubblico dei servizi per l'impiego, che deve essere riorganizzato e implementato. In tale visione, l'obiettivo del contrasto alla povertà sembra essere perseguito esclusivamente attraverso la piena occupabilità dei beneficiari del Rdc; le norme relative alla condizionalità rispetto all'accesso al Rdc sembrano, infatti, «ispirate più ad una "controprestazione" da parte dei beneficiari che ad una "opportunità" per loro di reinserirsi nel mondo del lavoro»⁵⁵.

Diversamente, il Rei è stato pensato per essere uno strumento di *welfare* di prossimità, utile ai Comuni e ai piccoli ambiti territoriali per organizzare la presa in carico di nuclei familiari più disagiati ed attuare il loro reinserimento sociale e lavorativo, in collaborazione con i Servizi sociali ed i soggetti del Terzo settore.

⁵⁴ I beneficiari del Rdc devono firmare un Patto per il lavoro con i Centri per l'impiego ovvero un Patto per l'inclusione sociale (nel caso in cui, rispettivamente, i bisogni del nucleo familiare e dei suoi componenti siano prevalentemente connessi alla situazione lavorativa ovvero siano complessi e multidimensionali). Tra gli obblighi in capo al beneficiario vi è quello di accettare almeno una di tre offerte di lavoro congrue, definite tali sulla base di criteri temporali e di distanza (che diventano meno selettivi al crescere della durata del godimento del Rdc ed in relazione al numero di offerte rifiutate). Ai fini della valutazione della congruità della distanza, rileva anche la circostanza che nel nucleo familiare siano presenti componenti con disabilità oppure figli minori.

⁵⁵ Cfr. E. Monticelli, *op. cit.*, 1-6.

Tale diversità tra Rdc e Rei appare evidente soprattutto in relazione al momento dell'accesso alle misure. Si rammenti, infatti, che il d.l. n. 4/2019 ha abrogato le previsioni del precedente d.lgs. n. 147/2017, legate ai punti di accesso.

Con l'introduzione del Rei erano, infatti, istituiti, presso i Comuni e/o gli enti delegati, punti per l'accesso per l'informazione, la consulenza e l'orientamento ai possibili beneficiari della misura, prevedendo, qualora necessaria, l'assistenza nella presentazione della richiesta dello strumento, cui seguiva l'analisi preliminare, al fine di orientare le successive scelte in ordine alla definizione del progetto personalizzato⁵⁶.

Risulta quindi evidente che veniva riconosciuta ai punti di accesso la funzione propria del servizio di Segretariato sociale e la valutazione professionale compiuta dal Servizio sociale⁵⁷.

Il sistema di accesso al Rdc, individuato presso i centri di assistenza fiscale, presso gli uffici postali abilitati, cui è affidata la gestione del servizio integrato delle carte acquisti e presso gli istituti di patronato, competenti per il ricevimento della domanda sia del Rdc che della Pensione di cittadinanza, non tiene, invece, conto della complessità della fase preliminare e non riconosce come strategici i momenti di orientamento, di analisi dei bisogni e di supporto nella presentazione della richiesta.

Strettamente connesso a ciò è il diverso impiego delle figure professionali coinvolte nella gestione della misura: a differenza del Rei, il Rdc riconosce in via residuale l'opera del Servizio sociale nella lotta alla povertà⁵⁸ ed enfatizza il ruolo riconosciuto ai c.d. *navigators*⁵⁹.

⁵⁶ In particolare, l'analisi preliminare si traduceva in una valutazione multidimensionale volta ad identificare i bisogni e le risorse del nucleo familiare, considerando vari aspetti: le condizioni personali e sociali, la situazione economica, quella lavorativa e il profilo di occupabilità, l'educazione, l'istruzione e la formazione degli adulti e dei minori, la condizione abitativa, le reti familiari e sociali. In argomento v. D. Attene, *Dal Rei al Rdc: spunti di riflessione del servizio sociale*, in <https://welforum.it/il-punto/welforum-it-sul-reddito-di-cittadinanza/dal-rei-al-reddito-di-cittadinanza-spunti-di-riflessione-del-servizio-sociale/>, febbraio 2019.

⁵⁷ Anche i successivi Piano nazionale povertà e i Piani regionali avevano indicato l'ampliamento e il rafforzamento dei punti di accesso come uno degli obiettivi verso cui gli ambiti territoriali avrebbero dovuto far convergere le proprie risorse, riconoscendo come strategico il momento di supporto al cittadino nella presentazione della richiesta, di primo orientamento e di analisi preliminare dei bisogni.

⁵⁸ L'art. 7 del d.lgs. n. 147/2017 elenca i servizi per l'accesso e la valutazione nonché i sostegni afferenti al sistema integrato di interventi e servizi sociali da individuare nel progetto personalizzato. Nella parte dedicata ai servizi, il decreto che introduce il Rdc esclude i servizi per l'informazione e l'accesso al Rei. Rimane confermato, per quanto qui interessa, il servizio sociale professionale per la presa in carico.

⁵⁹ Il servizio di assistenza alla ricollocazione prevede l'affiancamento di un tutor al soggetto beneficiario, con l'onere per quest'ultimo di svolgere le attività individuate dal tutor e di accettare l'offerta di lavoro congrua.

Va infine sottolineato come, a fronte dell'erogazione del beneficio economico, il Rdc preveda una dotazione di bilancio pubblico⁶⁰ ben più consistente rispetto a quella individuata dal Rei.

Nel dettaglio, le risorse di bilancio annue assegnate al «Fondo per il reddito della cittadinanza» sono pari a 7 miliardi di euro nel 2019 (6,3 miliardi di euro per i trasferimenti monetari, la parte restante da destinare al rafforzamento delle politiche attive del lavoro e dei centri per l'impiego) con un incremento fino a 8,5 miliardi di euro nel 2021 (8 miliardi destinati ai trasferimenti monetari, 0,5 miliardi alle politiche attive)⁶¹.

Per quanto riguarda la durata dell'erogazione del contributo economico, per il Rdc sono prescritti 18 mesi (non è invece prevista una scadenza temporale per la Pensione di cittadinanza), ma, dopo 1 mese di sospensione, la sua erogazione può essere rinnovata fino a quando i requisiti di eleggibilità siano soddisfatti. Al contrario, va ricordato che, trascorsi i primi 18 mesi di erogazione, il Rei era sospeso per 6 mesi e poteva poi essere nuovamente erogato per altri 12 mesi.

Al termine della disamina dei due strumenti, pare necessario un breve richiamo all'emergenza Covid-19 e al suo impatto sul sistema del Reddito di cittadinanza.

Il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. «Decreto Rilancio», all'art. 76, al fine di limitare gli spostamenti delle persone fisiche ai casi strettamente necessari, ha inciso sul fattore della condizionalità del Rdc, prevedendo, per ulteriori due mesi, la sua sospensione, già disposta dall'art. 40 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. «Decreto Cura Italia», fino al 17 maggio.

Inoltre, il «Decreto Rilancio» ha previsto, per i percettori del Rdc, la possibilità di partecipare al bando della Protezione civile per svolgere la funzione, fino al 31 luglio, di assistente civico. I beneficiari del Rdc possono, peraltro, stipulare con i datori di lavoro del settore agricolo, senza subire la perdita o la riduzione dei benefici, contratti a termine fino a 30 giorni, rinnovabili per 30 giorni, per un ammontare retributivo massimo di 2 mila euro.

Pare, infine, interessante evidenziare come alcuni territori abbiano provveduto all'attivazione di interventi specifici ad integrazione della misura, in particolare attraverso buoni spesa ed assistenza economica integrativa. Quest'ultima si è sostanziata, ad esempio, nell'erogazione di un contributo per il pagamento di

⁶⁰ Tale quantificazione è pari a 6.309,8 milioni di euro per l'anno 2019, a 7.727,7 milioni di euro per l'anno 2020, a 7.475 milioni di euro per l'anno 2021 e a 7.635,9 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2022.

⁶¹ A regime, la dotazione di bilancio attribuita al finanziamento del Rdc dovrebbe ammontare a circa 5,8 miliardi di euro in più l'anno rispetto alle risorse che erano state assegnate al Rei.

utenze, per la compensazione di un importo esiguo di Rdc, per l'acquisto di devices per la didattica a distanza⁶².

5. Osservazioni conclusive

Il dibattito sull'introduzione di un reddito minimo a livello europeo si iscrive nel quadro di una crisi sociale che, nonostante una certa ripresa economica, persiste e genera un fenomeno massiccio di esclusione. Si è visto come i temi dell'inclusione sociale e della lotta alla povertà abbiano una notevole rilevanza anche nella politica di coesione europea, raccordandosi, sotto questo aspetto, con la Strategia Europa 2020, che si pone come obiettivo quello di ridurre di 20 milioni il numero dei poveri e delle persone a rischio povertà ed esclusione entro il 2020.

In tale dibattito, non si possono non considerare i contraccolpi economici e sociali causati dall'emergenza da Covid-19, che impattano, a livello globale, anche sul profilo della povertà.

Gravata da una perdita che il Fondo Monetario Internazionale stima al 9,1% nel 2020, l'Italia dovrà, infatti, farà i conti con una crescita ingente del fattore povertà⁶³. Uno studio dell'Unione generale del lavoro stima che entro la fine di giugno 13,8 milioni di persone – il 23% della popolazione – potrebbero finire sotto la soglia di povertà relativa, segnando un incremento di 4,8 milioni rispetto a inizio anno. Mentre in totale potrebbero essere 9,8 milioni i cittadini italiani a trovarsi sotto la soglia di povertà assoluta, a fronte dei 5 milioni calcolati nell'ultima rilevazione dell'Istat nel 2018⁶⁴.

Sempre dall'Europa numerosi sono i moniti del Parlamento europeo che invita tutti gli Stati membri ad introdurre regimi di reddito minimo adeguati, accompagnati da misure di sostegno al reinserimento nel mondo del lavoro per chi può lavorare e programmi d'istruzione e formazione adeguati alla situazione personale e familiare del beneficiario.

Purtuttavia, gli impegni e le raccomandazioni dell'Unione europea non hanno ad oggi prodotto i risultati attesi. Ne consegue che applicare il principio di sussidiarietà con il solo strumento del Metodo aperto di coordinamento, in precedenza ricordato, pare non essere sufficiente per conseguire gli obiettivi fissati.

Alla luce di tali considerazioni, l'introduzione di un quadro europeo vincolante per un reddito minimo in Europa, con l'obiettivo di avviare, sostenere e

⁶² C. Dessi, E. Gnan, *Reddito di Cittadinanza: che cosa prosegue e cosa cambia nell'emergenza*, in <https://welforum.it>, maggio 2020.

⁶³ P. Albanese, *Così il coronavirus fa impennare la povertà globale*, in <https://www.econopoly.ilssole24ore.com/2020/05/06/coronavirus-poverta-globale/>, maggio 2020.

⁶⁴ Istat, *Le statistiche dell'Istat sulla povertà - anno 2018*, in <https://www.istat.it/it/files/2019/06/La-povert%C3%A0-in-Italia-2018.pdf>.

rendere adeguati sistemi di reddito minimo negli Stati membri, costituirebbe una prima risposta europea al grave e persistente problema della povertà in Europa, si inserirebbe a pieno titolo nella cornice dell'«Europa a tripla A sociale» e sarebbe una misura solidale in linea con il Pilastro europeo dei diritti sociali.

L'introduzione in Italia del Reddito di inclusione, prima, e del Reddito di cittadinanza, poi, segna la fine di una ventennale fase caratterizzata dalla sperimentalità delle misure, a cui si sostituisce la previsione di uno strumento di lotta alla povertà concepito come livello essenziale delle prestazioni, da assicurare su tutto il territorio nazionale.

L'introduzione di un sostegno economico, riservato a chi si trovi in condizione di povertà, rappresenta, dunque, una novità per il nostro sistema di *welfare* ed è frutto non solo delle numerose sollecitazioni provenienti dalle istituzioni dell'Unione europea⁶⁵, ma anche dall'ambito istituzionale interno⁶⁶.

Senza la pretesa di esprimere una valutazione complessiva, che non potrebbe, d'altronde, essere condotta senza avere a disposizione dati definitivi sull'effetto della misura in termini di efficienza ed equità, si richiamano di seguito alcune criticità dell'impianto del Rdc, in parte già evidenziate nel paragrafo che precede⁶⁷.

Innanzitutto, si sottolinea l'inadeguatezza della denominazione attribuita alla misura rispetto alla sua natura. Infatti, il Rdc, a differenza del reddito di cittadinanza comunemente inteso o del reddito di base, ossia «un reddito versato da una comunità politica a tutti i suoi membri su base individuale senza controllo delle risorse né esigenza di contropartite»⁶⁸, è, come si è visto, uno strumento la cui erogazione è subordinata a diverse condizioni e, in generale, a forme di condizionalità. A differenza di quanto indicato con la misura governativa, la definizione teorica di Reddito di cittadinanza fa, invece, riferimento ad un reddito incon-

⁶⁵ Si richiamano, in particolare, la «Iniziativa faro – Piattaforma europea contro la povertà» di Europa 2020, «Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» e le Raccomandazioni specifiche rivolte all'Italia dal 2014 in avanti.

⁶⁶ Le istanze si sono fatte più pressanti in tempi recenti, soprattutto in seguito alle proposte dell'Alleanza contro la povertà in Italia; queste ultime hanno inciso, in modo significativo, sui contenuti dell'intervento legislativo volto all'introduzione di una misura di Reddito minimo (cfr. Aa.Vv., *Il Reddito di inclusione sociale (Reis). La proposta dell'Alleanza contro la povertà in Italia*, a cura di C. Gori, M. Baldini, A. Martini, M. Motta, S. Pellegriano, F. Pesaresi, P. Pezzana, S. Sacchi, P. Spano, U. Trivellato, N. Zanini, Bologna, 2016).

⁶⁷ Tra gli interventi più recenti si richiamano quelli di M. Baldini, *Reddito di cittadinanza e oltre: per contrastare la povertà combinare più politiche*, in <http://www.welforum.it>, 2019; Aa.Vv., *Le politiche dell'assistenza: Il Reddito di Cittadinanza*, a cura di M. Baldini, G. Gallo, L. Lusignoli, S. Toso, Dipartimento di Economia Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia, 2019; F. Di Nicola, *Il reddito di cittadinanza: considerazioni e impatti*. Intervento al convegno *Le decisioni di politica fiscale per il 2019. Impatti e valutazioni*, Università Roma Tre, 2019; C. Guerra, *Un Reddito di Cittadinanza con molti punti critici*, in <http://www.eticaeconomia.it>, 2019, 2 ss.

⁶⁸ P. Van Parijs, Y. Vanderborght, *Il reddito minimo universale*, Milano, 2006, 5; Id., *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Bologna, 2017.

dizionato⁶⁹. Tanto basta per far «uscire il Rdc dall'orizzonte del *basic income*... ed attrarlo fatalmente in quello del reddito minimo garantito, selettivamente universale e condizionato»⁷⁰.

In altre parole, il Rdc, così come peraltro il Rei, rientra all'interno della categoria dei «redditi minimi»⁷¹.

Un'altra contraddizione che emerge in relazione al Rdc riguarda la sua natura di «politica attiva del lavoro». Le misure che riportano tale denominazione si sostanziano in programmi volti ad incrementare la possibilità per il destinatario di trovare un'occupazione lavorativa retribuita e non prevedono trasferimenti monetari, che rientrano, invece, nell'ambito delle misure assistenziali e previdenziali di integrazione o sostituzione del reddito. Del resto, la stessa denominazione «reddito» dello strumento richiama la prestazione economica dallo stesso contemplata⁷².

Al di là di tali considerazioni di carattere generale, che rilevano in ordine alla «natura» del Rdc, sembra utile soffermarsi su alcune criticità operative dello strumento.

Con particolare riguardo alla sua disciplina, appare evidente la complessità della misura soprattutto in relazione al coinvolgimento di numerosi soggetti, che devono raggiungere un adeguato livello di coordinamento per un'efficace implementazione della stessa.

A tal proposito, ci si interroga sul ruolo e le competenze delle professionalità coinvolte (operatori che gestiscono i percorsi di inserimento lavorativo e sociale dei beneficiari, *navigators*, addetti ai Centri per l'impiego...), oltre che su quelle dei percettori – nei casi di particolare disagio, difficoltà sociali e lavorative – che sicuramente incidono sulla tipologia di supporto da garantire⁷³.

Uno dei problemi sollevati in dottrina riguarda, peraltro, il condizionamento dello strumento in relazione all'accettazione della soluzione lavorativa individuale, laddove in famiglie, che si trovano in povertà assoluta, non vi siano membri adulti occupabili, e quelli occupati abbiano già una elevata intensità lavorativa. È il fenomeno, sempre più crescente, dei *working poors*, persone che, pur lavorando, non riescono a garantire a sé e ai propri famigliari una vita decorosa⁷⁴. Inoltre, la percentuale di famiglie, in cui non ci sono membri occupabili,

⁶⁹ E. Monticelli, *Il nuovo Reddito di cittadinanza ed il Rei: analogie e differenze*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2019, 97, 1-6.

⁷⁰ C. Tripodina, *Ius existantiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza a confronto*, cit., 63.

⁷¹ M. Natili, *Worlds of last-resort safety nets? A proposed typology of minimum income schemes in Europe*, in *Journal of International and Comparative Social Policy*, 2019.

⁷² Cfr. S. Spattini, *L'introduzione del c.d. Reddito di cittadinanza nell'ordinamento italiano*, in *Prof. studi*, 2019, 5, 33.

⁷³ In argomento v. F. Seghezzi, L. Serrani, S. Spattini, *Reddito di cittadinanza, le molte facce di un protagonista del nostro tempo*, in *Prof. studi*, 2019, 5, 2-3.

⁷⁴ V. C. Guerra, *Un Reddito di Cittadinanza con molti punti critici*, cit., 2 ss.

aumenta se si considerano tali le persone con gravi invalidità e quelle impegnate nel lavoro di cura, richiesto dalla presenza di un familiare gravemente disabile.

Il rischio di scardinare il percorso faticosamente costruito con il Rei, che poneva attenzione alla multidimensionalità della povertà e alla necessità di percorsi personalizzati, è quindi piuttosto alto.

Le regole di condizionalità del Rdc prevedono anche l'obbligo di accettare offerte di lavoro all'interno di una certa area che, nel caso di terza offerta o di rinnovo dell'erogazione del Rdc, equivale all'intero territorio italiano. In questo quadro, appare rilevante valutare l'effettiva disponibilità al lavoro e al trasferimento per motivi lavorativi da parte degli aventi diritto al Rdc.

La rigidità di tale meccanismo genera preoccupazione negli operatori sociali: la condizionalità, che dovrebbe garantire la finalizzazione positiva del Rdc come misura lavoristica, in ambito sociale potrebbe risultare, viceversa, un elemento di criticità in quanto rischierebbe di annullare il contenuto di protezione quando supportato da un programma di inclusione.

Puntando, principalmente, sul ruolo dei *navigators* e sul rafforzamento dei Cpi (ancorché necessario), si corre, inoltre, il rischio di lasciare i servizi sociali privi delle risorse necessarie per attuare interventi efficaci volti all'inclusione sociale dei percettori la misura.

Sarebbe, dunque, auspicabile operare un bilanciamento più equilibrato tra la dimensione del lavoro e quella dell'inclusione sociale, stabilendo, ad esempio, nei casi complessi in carico ai servizi sociali, che il legame tra la percezione del beneficio economico e la condizionalità relativa alla soluzione lavorativa individuale sia rimessa alla decisione dell'*équipe* multidisciplinare, che, dotata delle necessarie risorse, valuta i bisogni complessi dei nuclei familiari ed elabora il piano assistenziale personalizzato⁷⁵.

Alcuni autori⁷⁶ sottolineano la scarsa attenzione prestata dal Rdc alla povertà minorile: la combinazione tra l'orientamento prevalentemente lavoristico, la scala di equivalenza adottata⁷⁷ e le stringenti limitazioni all'accesso al beneficio per le famiglie straniere, mediamente con un elevato numero di minori, sembra andare nella direzione opposta.

Un'altra criticità sollevata riguarda l'avvio temporale della misura in relazione alla disponibilità di risorse ed infrastrutture. Il potenziamento del personale

⁷⁵ M. Caiola, *Alcune questioni operative e culturali legate al Rdc*, in <http://welforum.it>, febbraio 2019.

⁷⁶ Cfr. C. Saraceno, *Rdc: le forti criticità sulla povertà minorile*, in <http://www.welforum.it>, febbraio 2019.

⁷⁷ La scala adottata dal Rdc attribuisce invece un peso doppio ad un adulto rispetto ad un minore (0,4 contro 0,2). La scala cessa poi di crescere (e quindi di riconoscere risorse aggiuntive), quando il parametro utilizzato arriva a 2,1 (cosa che avviene, ad esempio, nel caso di una famiglia con 2 adulti e due figli maggiorenni, o con 2 adulti un figlio maggiorenne e due minorenni).

dei Cpi è, per esempio, intervenuto soltanto diversi mesi dopo l'avvio del Rdc e le piattaforme digitali, che dovrebbero agevolare il coordinamento tra i numerosi soggetti, supportare l'entrata a regime della misura ed istituire l'anagrafe dei preettori del Rdc, non sono ancora attive⁷⁸.

Inoltre, la scelta di dare attuazione al Rdc, in assenza della strumentazione idonea a verificare la congruità dei requisiti dei richiedenti, ha sostanzialmente portato all'erogazione del sussidio sulla base delle dichiarazioni sostitutive di certificazione da parte degli interessati, con i rischi connessi.

Per quanto riguarda lo stato di attuazione della misura, il XXI Rapporto CNEL sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva del 27/11/19 offre una prima valutazione degli effetti prodotti dall'introduzione del Rdc, non mancando di sottolineare le criticità connesse all'adozione del provvedimento: «I dati sulla prima fase della misura non sono incoraggianti e indicano uno squilibrio fra le misure già attivate di sostegno economico ai beneficiari e la debolezza degli strumenti di attivazione degli stessi».

Le osservazioni critiche, mosse al Rdc, si interrogano, in definitiva, sulla scelta volta ad introdurre la misura.

In buona sostanza, ci si chiede perché sia stata “disfata” la rete amministrativa e progettuale messa in atto con il Rei e non si sia piuttosto favorita una vantaggiosa continuità nella *governance* del sistema della prima misura, incrementandola con nuove ed ingenti risorse, cambiandone i parametri, innalzando soglie ed importi, estendendo la platea dei beneficiari e dando maggior consistenza alle opportunità lavorative.

Ci saremmo così ritrovati un nuovo strumento con l'intelaiatura del precedente, ma dal quale avrebbe ereditato i vantaggi e ne avrebbe corretto le criticità.

Quali potrebbero essere, dunque, le sfide e le prospettive per il futuro?

Al fine di garantire un'efficace misura di reddito minimo nel nostro Paese, lo Stato dovrebbe innanzitutto intervenire nella definizione dei livelli essenziali di prestazioni. La sfida sarebbe quella di identificare un corretto mix di diritti, tipologie di prestazioni, standard di qualità e livelli minimi di spesa, che dovrebbero essere rigorosamente osservati da ogni Regione, quali che siano le soluzioni organizzative e gestionali accolte. La competenza delle Regioni potrebbe dunque investire tutto ciò che “eccede” i livelli essenziali garantiti dallo Stato, sia come intensità nella distribuzione, che come estensione dei soggetti beneficiari delle prestazioni. Proprio nell'ottica della sussidiarietà, le Regioni potrebbero concentrare i propri interventi sulla garanzia di quei servizi necessari e primari volti a combattere la povertà e l'esclusione sociale.

⁷⁸ Cfr. M. Forlivesi, *Il c.d. “reddito di cittadinanza”: luci ed ombre della via italiana al reddito minimo*, in *Prof. studi*, 2019, 5, 79.

Il rafforzamento di queste capacità – a livello centrale, con la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni, a livello decentrato con l'implementazione e l'organizzazione dei servizi – consentirebbe di superare le disparità territoriali nel settore dell'assistenza sociale per giungere, finalmente, alla modernizzazione del nostro sistema di *welfare* e all'introduzione di una misura di reddito minimo, qualificata, non solo nella lettera della norma, come livello essenziale delle prestazioni sociali. In tale ottica, gli strumenti di contrasto alla povertà, come il Rei prima e il Rdc dopo, non dovrebbero essere legati alla sussistenza delle risorse disponibili: è «la finanza che dovrebbe essere condizionata dalla garanzia dei livelli essenziali dei diritti sociali, e non viceversa»⁷⁹.

⁷⁹ C. Tripodina, *Ius existantiae e reddito minimo garantito: a che punto siamo in Italia? Reddito di inclusione e reddito di cittadinanza a confronto*, cit., 60.

Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: il Reddito di cittadinanza come strumento di reddito minimo garantito

Negli ultimi anni, complici la crisi economica, i vincoli monetari e creditizi imposti a livello europeo, le trasformazioni del mercato e del mondo del lavoro, gli ingenti flussi migratori, si è tornati a parlare di reddito minimo garantito e, in generale, delle misure di “universalismo selettivo” volte a combattere la crescente povertà.

Il contributo prende, dunque, spunto dall'accesso dibattuto, sia a livello europeo che nazionale, sulle misure di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale, sviluppando la ricostruzione della disciplina del Reddito di cittadinanza al fine di fornire un quadro complessivo dal punto di vista giuridico-normativo, proponendo riflessioni sulla natura della misura, evidenziandone i caratteri e le criticità.

Combating poverty and social exclusion: Citizenship income as a guaranteed minimum income instrument

In recent years, due to the economic crisis, the monetary and credit constraints imposed at a European level, the changes in the labour market and the world of work and the huge migratory flows, there has been a return to the idea of a guaranteed minimum income and, in general, measures of ‘selective universalism’ to combat growing poverty.

The contribution therefore takes its cue from the heated debate, both at a European and a national level, on measures to combat poverty and social exclusion, developing the reconstruction of the discipline of the ‘Citizen Income’ in order to provide an overall picture from a legal-normative point of view, proposing reflections on the nature of the measure, highlighting its main characteristics and critical areas.

Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi

Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture nell'impianto del d.m. n. 560 del 2017. – 3. Il Capitolato informativo e le ricadute nel *digital contract*. – 4. Trasparenza e tracciabilità dell'Ambiente di condivisione dati. – 5. Gli appalti digitali e la norma tecnica UNI 11337. – 6. Riflessi della modellazione informativa sulla contrattualistica di sostegno. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Giunti all'epilogo della prima annualità prevista per la graduale applicazione della modellazione informativa all'intero comparto dei lavori pubblici, gli albori dell'esercizio civile in corso hanno accompagnato l'ulteriore ampliamento dell'obbligatorietà degli appalti BIM *based*, per addivenire, allo scadere del 2025, a ricomprendere la totalità delle procedure concorsuali che si innestano nel settore delle opere pubbliche complesse. Il difficile varo, da considerarsi come un autentico atto di politica industriale, ha avuto il merito di schiudere la transizione del settore pubblico dell'edilizia e delle infrastrutture alla digitalizzazione della fase progettuale, con ricadute sulle procedure aggiudicatrici e contrattuali. Il tempo trascorso ha consentito di esplicitare già alcuni sommari commenti sull'impatto che la novella ha suscitato sulle attività gestite dalle Pubbliche Amministrazioni, lasciando trasparire significativi esiti che con una certa originalità domestica ne scandiscono le corrispondenti fasi applicative, tra cui una spiccata documentalità analogica¹.

¹ In proposito sia consentito di rinviare a R. Picaro, *Il Building Information Modeling. Referente di obblighi e responsabilità*, Napoli, 2019, *passim*. Cfr. anche E. Spallarossa, *L'importanza dell'approccio BIM orien-*

La svolta, come è noto, è riconducibile al d.m. 1 dicembre 2017, n. 560² che, adottato in attuazione dell'art. 23, co. 13, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), aveva individuato il 1 gennaio 2019 quale riferimento temporale per la progressiva vincolatività delle prescrizioni ivi contenute, in correlazione allo sviluppo della qualificazione digitale della committenza pubblica, troppo poco culturalmente sedimentata per confrontarsi con il cambiamento che deriva dalla novella.

Rinviando alla diffusa letteratura d'ambito – in verità solo in minima parte giuridica – l'approfondimento funzionale della tecnologia in discorso che, in aderenza alla prassi internazionale, viene indicata con l'acronimo BIM (*Building Information Modeling*), sembra in ogni caso utile precisare come tale approccio, sulla base di innovative metodologie conoscitive, rappresentative, organizzative e di processo, guardi al complessivo ciclo di vita dell'immobile, ottimizzando la collaborazione dei professionisti coinvolti, i cui apporti confluiscono in un unico modello informativo soggetto a progressiva implementazione in corrispondenza delle successive fasi di progettazione, esecuzione, nonché di programmazione ed attuazione degli eventuali interventi manutentivi.

L'essenza del BIM è l'informatizzazione dell'elemento di rappresentazione dell'elaborato progettuale, che preconizza la simulazione immersiva dell'opera da realizzare³. Una tecnica viva, coordinata e collaborativa, sostanzialmente aperta, che rifiuta l'unicità, che può sintetizzarsi in un modello tridimensionale parametrico al cui interno è raggruppata la progettazione architettonica, strutturale così come quella impiantistica e che, guardando alla vita utile del bene, introduce la questione della sua durabilità.

Ma il BIM non si esaurisce nell'attività progettuale: il processo in cui si inverte la modellazione informativa è totalizzante ed investe le attività di gara propeedeutiche all'individuazione dell'affidatario dei servizi di progettazione al pari delle fasi di esecuzione dell'opera come del programma di manutenzione della stessa.

ted nella gestione di patrimoni civili e infrastrutturali, in *www.ingenio-web.it*, 12 dicembre 2019; A.L.C. Ciribini, *Il panorama internazionale per lo sviluppo delle costruzioni*, *ivi*, 4 dicembre 2019; Id., *Il «BIM» si è fermato alla «Visualizzazione?»*, *ivi*, 5 dicembre 2019.

² A.L.C. Ciribini, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, in *www.ingenio-web.it*, 5 dicembre 2017; G. Brioni, *Il BIM nel nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Teoria prat. prof.*, 2017, 1-2, 49 ss.; V. Sessa, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, in *www.giustamm.it*, 2016, 2, 1-9; F. Ruperto, B. Bagni, G. Galli, R. Levi, R. Negri, *Bimportale, Report 2017, La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia*, in *www.bimportale.com*, 22 gennaio 2018; M. Caputi, *La rivoluzione del BIM: definizione e quadro introduttivo*, in *App. contr.*, 23 aprile 2018; Id., *BIM: l'evoluzione degli strumenti*, *ivi*, 2 maggio 2018; A. Versolato, *BIM: il quadro normativo*, *ivi*, 21 maggio 2018; A. Versolato, C. Calopoli, *La metodologia BIM ed il principio di equivalenza*, in *App. contr.*, 2018, 7-8, 28 ss.; Aa.Vv., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, in *www.italferr.it*, giugno 2018.

³ A.L.C. Ciribini, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, cit.

Così, in una formula unificante, il flusso informativo espresso in formato digitale dispiega i suoi effetti nella revisione dell'anomalie genetiche degli atti prodromici alla formazione del vincolo contrattuale, così come di quelli più strettamente funzionali, con ripercussioni sui criteri di imputazione delle responsabilità.

Centrali, dunque, si rivelano il trattamento del dato e la disciplina dei requisiti informativi. Ne ha preso atto anche la giurisprudenza amministrativa che, pronunciata in argomento, ha rilevato come elemento qualificante della tecnologia in discorso sia da indentificarsi nella informazione⁴, non certo nella tridimensionalità⁵, laddove consente la creazione dell'esemplare di intervento da realizzare attraverso l'esplicazione di inedite modalità di lavoro collaborativo tra gli attori coinvolti nel processo. Il prototipo diventa simulacro dei contenuti informativi ma anche l'esito delle attività dispiegate dalle varie professionalità attratte, secondo schemi di collaborazione e coordinamento che variano in base alla strategia esecutiva e alla struttura organizzativa adottata⁶.

Confermando l'impostazione appena fornita, l'impianto del d.m. n. 560 del 2017 poggia la propria dimensione strutturale e funzionale, sul rapporto instaurato tra Capitato informativo e Piano di Gestione informativa che, filtrati nel contesto dell'Ambiente condivisione dati, consentono ai flussi informativi di percolare attraverso il perimetro contrattuale. In estrema sintesi, le dinamiche obbligatorie relative alle procedure competitive per l'affidamento di servizi o lavori su base BIM si fondano, nella fase preliminare, sul Capitolato e l'Offerta per la gestione formativa, confluendo successivamente nel Piano di gestione informativa che, come definito dal d.m. n. 560 del 2017, investe la catena di fornitura dell'affidatario, appaltatore o concessionario, cui vengono richieste precise garanzie in termini di perfezionamento contrattuale dei requisiti informativi indicati dal committente⁷.

⁴ Cfr. P. Perlingieri, *Informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 2, 339 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*², II, Napoli, 2006, 908 ss. Si veda sul tema anche F. Bocchini, *Introduzione*, in F. Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, Torino, 2003, 21.

⁵ «La base del BIM è certamente la rappresentazione tridimensionale ma questo non pregiudica che ogni oggetto debba essere obbligatoriamente rappresentato tridimensionalmente. La cosa importante è che ogni rappresentazione includa tutte le proprietà dell'oggetto, che vanno oltre la semplice rappresentazione grafica; che siano esaustivi riguardo la loro descrizione in funzione dell'obiettivo funzionale in cui esso si inserisce», così Tar Lombardia, 29 maggio 2017, n. 1210, in *www.bimportale.com*, 10 giugno 2017, con commento di F. Ruperto, *BIM. Primi orientamenti giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia* e in *www.lavoripubblici.it*, 12 giugno 2017, con commento di S. Sbacchis, *Il BIM entra nelle aule di tribunale*. Cfr. F. Ruperto, B. Bagni, G. Galli, R. Levi, R. Negri, *Bimportale, Report 2017, La prima analisi sull'evoluzione del BIM in Italia*, cit., 12.

⁶ A.L.C. Ciribini, *Il BIM è collaborazione, ma come gestire i contratti - responsabilità, rischi e remunerazioni?*, in *www.ingegno-web.it*, 12 gennaio 2018.

⁷ In questo modo si rendono trasparenti e tracciabili le transazioni che si svolgono nella filiera in termini di catena del valore a tutela dei fornitori, dei subappaltatori e a garanzia della committenza, così A.L.C. Ciribini, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, cit.

Col presente contributo si intende condurre un'analisi critica di tali strumenti, al precipuo scopo di fornire le coordinate assiali per realizzare una consapevole introduzione del BIM nelle singole fasi del processo in cui si affatta metodica si inverte. Gli è che, in quanto atto di politica industriale che si propone l'obiettivo di avviare la transizione digitale nel comparto delle costruzioni evitando che si ingeneri una superfetazione formale, il grado di effettivo recepimento del d.m. n. 560 del 2017 è in larga misura ascrivibile alla capacità dei protagonisti di non piegarsi ad un eccesso di pragmatismo riduzionista di un testo che, particolarmente pregnante di significati applicativi, si completa con la Relazione di accompagnamento e con le norme tecniche volontarie. In altri termini, i contenuti normativi dovranno misurarsi con una sostanziale disponibilità da parte dei soggetti coinvolti, a creare i presupposti per la interiorizzazione dei processi digitali nei propri assetti organizzativi e gestionali insieme a quelli più strettamente contrattuali⁸.

L'approfondimento del tema coinvolge anche l'esigenza, storicamente delineata, di sviluppare una cultura del progetto. Una questione che vive nell'intreccio pervasivo ed antinomico di prerogative costituzionali di enti titolari di competenze e strumenti che siano capaci di delineare non soltanto un percorso autorizzativo definito nei dettagli ma anche di guardare alla durabilità del bene, indicando prescrizioni e protocolli attuativi di controlli, finalizzati a garantire sicurezza della sua fruizione nel tempo⁹.

2. *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture nell'impianto del d.m. n. 560 del 2017*

Ancorché riferibile ad una fase temporalmente precedente alla pubblicazione del d.m. n. 560 del 2017, la giurisprudenza¹⁰ che in maniera isolata si è occupata del tema, non si è mostrata ignara del viluppo che lega i metodi e gli strumenti elettronici di modellazione dell'edilizia ai requisiti informativi richiesti dal committente (qualificato). Tant'è che, nell'obiettivo di eliminare le zone d'ombra e ridurre al minimo il rischio del contenzioso giudiziario¹¹, nella parte dedicata alle definizioni, il d.m. n. 560 del 2017 si sofferma in maniera puntuale sull'Ambiente di condivisione dei dati e sul Piano di gestione informativa, proposti come

⁸ A.L.C. Ciribini, *o.l.u.c.*

⁹ E. Spallarossa, *Le nuove tecnologie e la digitalizzazione a supporto della manutenzione programmata delle reti infrastrutturali*, in *www.ingegno-web.it*, 21 agosto 2018; R. Negri, *Toninelli: BIM e digitalizzazione chiave del futuro delle Costruzioni*, in *www.bimportale.com*, 5 luglio 2018. Si veda il Manifesto di Federcostruzioni, *Edificio 4.0: Costruire digitale per un'Italia più sociale, più sicura, più sostenibile. Proposte per la Rigenerazione Urbana e una Riqualificazione Immobiliare del Paese*, presentato a Roma il 4 luglio 2018.

¹⁰ Tar Lombardia, 29 maggio 2017, n. 1210, cit.

¹¹ A. Versolato, C. Calpoliti, *La metodologia BIM ed il principio di equivalenza*, cit., 35.

passaggi centrali nell'attivazione della procedura comparativa basata sulla modellazione informativa.

La digitalizzazione dei processi costruttivi contempla l'impiego di un Ambiente di condivisione dei dati (ACDat)¹², laddove gli attori interagiscono nello sviluppo della filiera informativa¹³. Uno spazio virtuale organizzato, strutturato e tracciabile che raccoglie le attività relative alla conduzione della commessa, con ruoli e responsabilità, in cui le informazioni sono veicolate da un'area alla successiva a seguito di protocolli, di controlli e verifiche che assicurano completezza, trasmissibilità e congruenza nel percolare lungo l'andamento dell'appalto¹⁴, garantendo una gestione tempestiva delle decisioni. Dunque, alla stregua della previsione in commento, l'ACDat rappresenta l'ecosistema che consente la gestione digitale dei processi informativi, attuata mediante la correlazione tra i flussi informativi digitalizzati ed il governo decisionale del singolo procedimento, in cui, in estrema sintesi, prende forma l'integrazione e l'interoperabilità espressa dalla modellazione BIM. Da tale punto di vista non può dubitarsi che un corretto e consapevole funzionamento dell'ACDat, oltre che proporsi come il vettore in cui si declina la pangenesi contrattuale espressa in formato digitale, diviene sinonimo di trasparenza e preservazione dei flussi informativi, dal momento che i requisiti di definizione ivi contenuti sono volti ad accordare sicurezza informatica, tutela della proprietà intellettuale e dei dati personali¹⁵.

Nella medesima prospettiva tesa ad assicurare attenzione alla *governance* delle risorse digitali, il d.m. n. 560 del 2017 disciplina il Piano di gestione informativa (PdGI): articolato su due livelli (offerta e contratto), viene redatto dal candidato, dall'appaltatore ovvero dal concessionario che, in risposta ai requisiti informativi del capitolato, rappresenta analiticamente i flussi informativi nella propria catena di fornitura dando conto delle interazioni con i processi informativi e decisionali all'interno dell'Ambiente di condivisione dei dati. In quanto strumento a forte impatto relazionale e contrattuale con la gestione della commessa, il PdGI si articola variamente, conformandosi alla tipologia di servizio oggetto di affidamento.

Come si avrà modo di verificare nel corso del presente lavoro, riflettendo il precario livello di qualificazione digitale della committenza pubblica, la gestione dell'ACDat, pur segnalandosi come passaggio cruciale nella digitalizzazione

¹² Denominato ACDat nella norma UNI 11337 o anche CDE (*Common Data Environment*) nelle PAS 1192 britanniche.

¹³ Sulla definizione di Ambiente di condivisione dati, cfr. anche l'art. 4, co. 2, d.m. n. 560 del 2017.

¹⁴ Affinché l'ACDat possa svolgere la funzione di sorgente unica dei dati, è necessario che siano definiti i momenti di validazione e controllo delle informazioni. Per ogni modello o elaborato dovrà essere possibile definire uno stato di lavorazione e uno di approvazione da determinati responsabili.

¹⁵ In materia cfr. R. Candioto, *Il sistema informativo dell'azienda nell'ambiente digitale*, Torino, 2016, 111 ss.

del comparto delle costruzioni, allo stato soffre di talune criticità sul piano applicativo, risultando prevalentemente demandata al soggetto affidatario della commessa, con possibili ripercussioni negative per le procedure di gara, l'andamento dell'appalto ed, in ultima analisi, finendo per minare l'essenza olistica del BIM¹⁶.

3. *Il Capitolato informativo e le ricadute nel digital contract*

In maniera centrale l'art. 7, d.m. n. 560 del 2017, attribuisce alla stazione appaltante oppure all'amministrazione concedente, il ruolo di agente del procedimento in materia di modellazione informativa attraverso la redazione del relativo capitolato. Conformandosi alle diverse specificità contrattuali, tale documento, ritenuto strategico dall'ANAC nelle proprie Linee guida¹⁷, esplicita i contenuti finalizzati allo sviluppo delle fasi successive alla progettazione, ovvero l'esecuzione dei lavori, l'attività di manutenzione e, in generale, la gestione dell'opera nonché delle attività in essa ospitate¹⁸. Ne deriva che il Capitolato informativo si sostanzia in un fondamentale dispositivo di richieste computazionali destinato a svolgere una funzione panottica nella filiera contrattuale, sebbene la standardizzazione che si desume dalla prassi sembri ancora assegnargli le fogge di mero adempimento procedurale.

Le singole previsioni contrattuali condizionano le modalità mediante cui i requisiti informativi si distribuiscono tra i livelli della commessa e così, in linea con il d.m. n. 560 del 2017, lo schema di capitolato deve contemplare almeno il modello informativo relativo allo stato dei luoghi, all'anagrafica dei cespiti e delle particelle interessate, permettendo alle strutture di dati ivi richiamate di filtrare attraverso la trama contrattuale dell'asse di fornitura¹⁹.

Da più parti si è ritenuto che gli attributi del capitolato di cui all'art. 7, co. 1, lett. a) e b), d.m. n. 560 del 2017, pecchino di genericità in termini di dettagli informativi e volumetrici, aprendo il varco a possibili contenziosi amministra-

¹⁶ A. Pavan, *Ribaltamento di costi e responsabilità del Common Data Environment (CDE) su progettisti e imprese. È corretto?*, in *www.ingenio-web.it*, 21 dicembre 2016.

¹⁷ ANAC, *Integrazione Linee guida n. 1. Uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture – Equo Compenso*, in consultazione pubblica fino al 9 luglio 2018, *passim*.

¹⁸ Sul tema G. Roehrsen, *Considerazioni sui capitolati generali*, in *Rass. lav. pubb.*, 1977, I, 251 ss.; Id., *I capitolati d'onere*, in *Rass. lav. pubb.*, 1980, I, 41 ss.; F. Cappai, *Le fonti normative dei contratti della Pubblica Amministrazione: uno sguardo d'insieme*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 4, 1138 ss. Così anche UE BIM, *Handbook for the Introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector. Strategic action for construction sector performance: driving value, innovation and growth*, Bruxelles, 7 luglio 2017, 3.2.1.

¹⁹ A.L.C. Ciribini, *Committenti analogici e digitali. L'equivoco dei requisiti informativi*, in *www.ingenio-web.it*, 1 maggio 2018.

tivi²⁰. Un correttivo per la definizione delle condizioni utili alla costruzione dei requisiti informativi, ancorché nel rispetto dell'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, poteva essere rappresentato dal richiamo alle norme UNI 11337-5 ed UNI/TR 11337-6, di cui si dirà in prosieguo²¹, ma il legislatore ha preferito evitare di attingere alle previsioni tecniche volontarie²².

Il capitolato informativo, allegato alla documentazione di gara per l'espletamento di servizi di progettazione o per l'esecuzione di lavori e/o la gestione delle opere, è comunicato anche ai subappaltatori e ai subfornitori, sui quali grava l'obbligo di concorrere con l'aggiudicatario, mediante il Piano di gestione informativa, alla proposizione delle modalità operative di produzione, gestione e trasmissione dei contenuti informativi. Non v'è dubbio che il vincolo che origina dall'attrazione della catena di fornitura del concorrente nella predisposizione del Piano di gestione informativa, introducendo singolari ramificazioni ed intrecci ermeneutici in ambito contrattuale, costituisce una rilevante innovazione nell'allocatione di rischi e responsabilità connessi all'esecuzione della prestazione convenuta. Difatti, in maniera inedita per la contrattualistica di settore, l'adesione della *supply chain* allo schema contrattuale di affidamento della commessa, rappresenta uno strumento che prelude ad una diversa valutazione dell'apporto causale dei subappaltatori e dei subfornitori nell'accertamento delle responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione principale anche in relazione alla questione delle sopravvenienze non imputabili ed all'incidenza del fortuito.

Pur variando in relazione alla natura dell'opera, alla fase di processo ed al tipo di appalto, il capitolato declina gli attributi informativi strategici, generali e speciali, inclusi i livelli di definizione, nonché gli elementi necessari alla specifica dei requisiti di produzione, gestione e trasmissione dei contenuti informativi, connessi agli obiettivi decisionali e gestionali. In ultima analisi, il Capitolato informativo si propone strategicamente come strumento con cui il committente indica ai fornitori le proprie necessità in tema di modellazione informativa, al precipuo scopo di assumere le funzioni di *driver* dei flussi informativi nel contesto della *supply chain*²³.

²⁰ L'importanza della definizione del capitolato per ciò che attiene alla progettazione viene segnalata da ultimo da Tar Lazio Roma, sez. III, 5 gennaio 2018, n. 107, *Massima redazionale Pluris*, 2018.

²¹ Cfr. *infra sub* § 5.

²² Così anche Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Circolare 7 dicembre 2017, n. 158, *Decreto Bim*.

²³ A.L.C. Ciribini, *L'intervento. Nei bandi di progettazione in Bim stazioni appaltanti in ordine sparso sui capitolati informativi*, in *Edilizia e territorio*, 24 maggio 2018.

4. *Trasparenza e tracciabilità dell'Ambiente di condivisione dati*

Dunque, la struttura del provvedimento ministeriale adottato sul finire di legislatura individua il principale elemento propulsore proprio nella redazione del capitolato informativo²⁴ cui si accompagna la definizione – inedita per i contratti pubblici – di un Ambiente di condivisione dati²⁵, ove il flusso informativo, trasparente e tracciato, viene trattato in base a criteri non discriminatori, conformi alle previsioni in materia di proprietà intellettuale e tutelato da dispositivi di protezione della riservatezza. Ne consegue la necessità che le stazioni appaltanti si dotino di un proprio Ambiente di condivisione dati, da rendere disponibile agli operatori coinvolti secondo le esigenze, evitando di delegarne la strutturazione alle controparti, muovendo dal presupposto che su queste ricada l'obbligo di progettare in BIM. Nei fatti, ancorché si configuri quale snodo principale nella digitalizzazione del comparto delle costruzioni, la gestione dell'ACDat da parte della committenza pubblica risente ancora di talune anomalie sul versante applicativo, venendo in concreto demandata al soggetto affidatario della commessa. Si tratta di uno degli aspetti più controversi nella individuazione degli obiettivi della modellazione informativa, allo stato già fonte di contenzioso. Trattandosi di un ambiente di condivisione del progetto e non di tavole oppure di modelli grafici, appare oltremodo chiaro che delegarne la definizione al progettista significa privare l'appaltante di una fondamentale risorsa nella gestione della commessa. Il committente, proprio in quanto destinatario di informazioni immateriali, ha interesse allo sfruttamento dei dati generati e, quindi, ha l'onere di preoccuparsi che le caratteristiche geometrico-dimensionali ed alfanumeriche di ciascun oggetto, riflettano modelli e aggregazioni strutturati che non siano rimessi alla discrezionalità del prestatore di servizi.

Nella sostanza la strutturazione iniziale dei dati non può essere devoluta all'iniziativa della controparte contrattuale a mezzo di richieste generiche e convenzionali da parte del committente digitale, che al contrario dovrebbe dotarsi di un preciso *Common Data Environment*, nell'ambito del quale il progetto esecutivo da porre a base di gara dovrà essere disponibile in formato computazionale e, più generalmente, laddove la filiera che collabora alla progettazione e costruzione dell'opera scambierà le informazioni necessarie. In questo senso, l'utilizzo di un CDE diventa requisito indispensabile per un processo di digitalizzazione sostanziale della commessa. Soltanto l'illustrazione esaustiva dell'appaltante, in termini di rappresentazione grafica e descrizione capitolare, basata su dati strutturati in

²⁴ In materia cfr. A.L.C. Ciribini, *Committenti analogici e digitali. L'equivoco dei requisiti informativi*, cit.

²⁵ Cfr. art. 2, co. 1, lett. a), d.m. n. 560 del 2017.

forma computazionale, del progetto esecutivo, consente di realizzare un'informazione dettagliata anche per la redazione del Piano di gestione informativa da parte dell'affidatario del servizio di progettazione²⁶, evitando di connotare di autoreferenzialità tale cruciale passaggio.

E così, a partire dai requisiti e dalle esigenze richiesti dalla committenza, i dati e le informazioni vengono collocati al centro del progetto digitale e parametrico del settore delle costruzioni, nel mentre i concorrenti alla gara d'appalto si preoccupano di predisporre, anche con il coinvolgimento attivo della filiera dei propri fornitori, una proposta tecnico-economica conforme al bando.

Pur ponendosi come crocevia per l'effettivo compimento di una committenza digitale, l'Ambiente di condivisione dati allo stato soffre di una discontinuità attuativa dei flussi informativi, ancora basati su attività documentale stampabile o carente di dettaglio computazionale. Sicché, è ragionevole ipotizzare che l'assenza di precise indicazioni contenute nell'impianto strutturale del modello informativo richiesto dalla committenza sarà fonte di controversie in sede applicativa, rinvenendosi possibili profili di criticità nella contabilità analitica degli stati di avanzamento, con specifico riguardo alle liste di riscontro tra modelli federati²⁷ e consistenza reale dei cespiti. Ma le anomalie potrebbero spingersi oltre, sino a scardinare gli stessi vantaggi della modellazione in formato BIM. Difatti, nel miraggio iatrogeno della interoperabilità, laddove tutti collaborano a tutto, il committente, che non è uno spettatore passivo della definizione progettuale nel luogo virtuale della condivisione, si troverebbe, proprio in quell'ACDat di cui non è l'amministratore, a dover caricare ordini di servizio, relazioni riservate, che resterebbero a disposizione del progettista, ovvero dell'impresa cui invece è stato affidato il governo dell'ACDat. Vi è di più! Al verificarsi di un errore progettuale, il fornitore del servizio di progettazione potrebbe eccepire che la disponibilità del dato errato non esima il committente da responsabilità "da controllo", nella considerazione che su questi grava l'obbligo di monitorare il processo di progressiva modellazione, soprattutto ove ricorrano i requisiti di qualificazione espressi di cui all'art. 3, d.m. n. 560 del 2017. Peraltro, il vizio potrebbe essere imputabile anche ad una tardiva indicazione del committente stesso. Ed ancora, quale insidia si presenterebbe allorché nelle maglie dell'Ambiente di condivisione curato dal progettista si annidasse un brevetto non filtrato?²⁸ Ne deriva che la dimensione dei prodotti immo-

²⁶ A.L.C. Ciribini, *Le Criticità del Piano di Gestione Informativa (BIM Execution Plan)*, in *www.ingegno-web.it*, 20 maggio 2018.

²⁷ Nell'ambiente federato, modelli appartenenti a differenti discipline vengono aggregati nel produrre un unico macro-modello globale rappresentativo dell'intera infrastruttura di riferimento. Sul tema C. Bailey, F. Belloube, J. Blasby, A. Malone, A. Muse, D. Pan, E. Rendal, G. Whisson, K.Y. Seah, *Guida internazionale per l'implementazione di sistemi BIM. Linee guida RICS a livello globale*, Londra, 2017, versione italiana, 19.

²⁸ In maniera efficace A. Pavan, *Ambienti di Condivisione dei Dati (ACDat o CDE), usi e costumi*, in *www.ingegno-web.it*, 21 novembre 2017.

biliari – edifici ed infrastrutture – c.d. cognitivi, inedita poiché basata sull'intangibile, deve ancora maturare e rappresenta la grande incognita su cui vale la pena riflettere²⁹. Un correttivo potrebbe essere rintracciato nelle Linee guida ANAC – soltanto parzialmente emanate – nella speranza che si tratti di strumenti in grado di realizzare un reale efficientamento del sistema. Del pari la stessa attività della Commissione di monitoraggio sulla digitalizzazione delle stazioni appaltanti e delle amministrazioni concedenti, così come disciplinata dal d.m. n. 560 del 2017, non pare porsi come efficace rimedio alle possibili distorsioni cui si presta il provvedimento ministeriale.

Sulle criticità derivanti dalla mancata definizione da parte della stazione appaltante di un Ambiente di condivisione dei dati, nonostante la centralità di tale passaggio, sono state svolte già approfondite considerazioni. Lo stesso d.m. n. 560 del 2017 prevede che il committente, prima di richiedere contenuti informativi computazionali, debba indicare i requisiti informativi strategici generali e specifici, comprensivi dei loro livelli di definizione, senza demandare tale iniziativa ai prestatori di servizi. Di contro, la prassi di settore testimonia un assetto recepimento di condotte ancor troppo poco sedimentate per fondarvi un approccio convinto alla committenza digitale: i dati computazionali non creano in via assoluta e principale modelli informativi mirati, limitandosi ad originare documenti che precisano soltanto latamente l'oggetto della gestione.

Flussi informativi deboli, discontinui, in formati neutri convergono in un quadro progettuale nel cui sviluppo è ragionevole preconizzare difficoltà di coordinamento con le scelte operative dell'impresa appaltatrice e della catena di fornitura. Ne risulterà pregiudicata la stessa incidenza positiva derivante dall'applicazione della tecnologia BIM nella fase dell'esecuzione contrattuale da parte dell'impresa affidataria dei lavori, soprattutto laddove si consideri che, in astratto, per l'ottimizzazione del processo in cui si articola il *data-driven process*, l'Ambiente di condivisione dei dati, recependo integralmente le previsioni contrattuali senza generare alcun documento stampabile, dovrebbe trasformarsi in ambiente virtuale di modellazione e gestione di informazioni giuridicamente vincolanti.

Da siffatto punto di vista è auspicabile un'ulteriore puntualizzazione circa l'integrazione sul versante spaziale, tecnologico e contrattuale della *supply chain*, quale rilievo registrato digitalmente del così come costruito. Non può, infatti, dubitarsi che interoperabilità e collaborazione tra le professionalità attratte nella definizione progettuale, così come – se previsto – nell'esecuzione dei lavori, possano avere un ritorno positivo allorquando alla tecnologia abilitante si associ il perfezionamento di un'obbligazione che, nel passaggio dall'Offerta al Piano di

²⁹ A.L.C. Ciribini, *Il Decreto BIM: l'avvio dell'era digitale nel settore delle costruzioni in Italia*, cit.; Id., *Le criticità del piano di gestione informativa (BIM Execution Plan)*, cit.

gestione informativa, trasformi le generiche garanzie richieste dall'appalto digitale in precisi vincoli contrattuali percolanti lungo la catena di fornitura.

Gli è che la corretta implementazione dell'impostazione gestionale basata sulla digitalizzazione passa attraverso la formulazione computazionale dei requisiti informativi, superando le incertezze che attualmente pervadono la redazione del Capitolato informativo.

In prospettiva, occorre tributare una necessaria centralità ai requisiti informativi nell'assetto contrattuale che origina dalla commessa, spingendosi oltre al rapporto con il prestatore dei servizi di progettazione e, dunque, guardando ed involgendo anche le attività che saranno chiamate a realizzare la catena dei fornitori e l'impresa esecutrice dei lavori³⁰. Affrancato da diagrammi di flusso scontati e ripetitivi al pari da matrici complicate ma convenzionali³¹, il Capitolato informativo, similmente al Piano di gestione informativa, sarà così in grado di assicurare fluidità dei dati, raccordandosi coerentemente con il processo decisionale, contrattuale ed esecutivo.

5. *Gli appalti digitali e la norma tecnica UNI 11337*

A corredo di quanto appena illustrato, corre l'obbligo di segnalare che l'Ente Italiano di Normazione (UNI) è intervenuto in materia di gestione digitale dei processi informativi attraverso la norma tecnica UNI 11337³². Approvata il 22 dicembre 2016 dalla Commissione tecnica «Prodotti, processi e sistemi per l'organismo edilizio» e pubblicata il 26 gennaio 2017, tale previsione volontaria si articola in dieci parti, la cui attuale ossatura è rinvenibile in quelle nn. 1, 4, 5, 6 e 7. Le parti 2 e 3 sono ancora oggetto di approfondimento, mentre, superata l'inchiesta pubblica finale³³, è stata recentemente³⁴ pubblicata la n. 7, sulla qualificazione delle figure coinvolte³⁵. È, inoltre, in fase di discussione la parte 8, dedicata,

³⁰ Si veda anche A.L.C. Ciribini, *Dirigere i lavori e i cantieri nella Età della Digitalizzazione*, in *www.ingegno-web.it*, 21 gennaio 2018; F. Biasioli, *BIM e cantiere*, *ivi*, 25 gennaio 2018.

³¹ Su cui B. Soro, *Complicato e complesso*, in *Ragion pratica*, 2012, 1, 297-306; C. Beccarini, F. Brunetti, E. Giaretta (a cura di), *Il governo dell'impresa tra principi, modelli, tecniche e prassi*, Torino, 2012, 157.

³² Sulla differenza tra regole tecniche (cogenti) e norme tecniche (volontarie), cfr. Regolamento UE n. 1025/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea, che modifica le direttive 89/686/CEE e 93/15/CEE del Consiglio nonché le direttive 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la decisione 87/95/CEE del Consiglio e la decisione n. 1673/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

³³ Dal 7 luglio al 7 settembre 2018.

³⁴ Nel dicembre 2018.

³⁵ La norma, dal titolo «Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi - Parte 7: Requisiti di conoscenza, abilità e competenza delle figure coinvolte nella gestione e nella modellazio-

come le restanti, al monitoraggio delle linee di applicazione del BIM, con particolare riguardo per il fascicolo del costruito e le procedure amministrative, tanto in relazione al rilascio dei titoli autorizzativi che abilitativi³⁶.

Nel decreto approvato non vi è alcun richiamo alla documentazione tecnica nazionale: un riferimento, ancorché generico, alla normazione volontaria avrebbe apportato un contributo in termini di chiarimento di alcuni aspetti non meglio precisati o vagamente declinati nel corpo del provvedimento ministeriale.

Strutturata in maniera organica e seguendo un approccio che si connota per una marcata originalità rispetto alle più note gemelle del panorama tecnico internazionale³⁷, la previsione è finalizzata alla descrizione e definizione dei ruoli, requisiti e flussi informativi propri della digitalizzazione del comparto delle costruzioni³⁸. Nello specifico la norma UNI 11337-1³⁹, che sostituisce la UNI 11337:2009, si preoccupa di precisare i tratti generali della gestione digitale del processo informativo nel settore delle costruzioni, potendo concernere qualsiasi attività di natura complessa ed anche aspetti qualificati come intangibili⁴⁰.

La UNI 11337-4⁴¹, applicabile a qualunque tipologia di prodotto e di processo, attiene ai profili qualitativi e quantitativi della gestione digitalizzata con specifico riguardo al supporto decisionale, allo scopo di scandire gli obiettivi delle fasi introdotte nella UNI 11337-1, nel presupposto che modello, oggetti ed elaborati informativi assumono carattere strumentale rispetto al loro perseguimento. In tale contesto di operatività sistemica diventa necessario individuare una scala comune del livello di sviluppo informativo ma anche articolare gli stati di lavorazione e di approvazione del singolo contenuto. Sicché nella norma UNI 11337-4 viene affrontata la questione dell'evoluzione informativa con la declinazione del *Level Of Detail* (LOD), definito, in analogia con la normativa statunitense e britannica, come valutazione dei livelli degli attributi, grafici e non grafici, di un oggetto digitale rispetto alla natura, quantità, qualità e stabilità dei dati e delle informazioni. Nella tecnologia BIM, il LOD, riassumendo il livello di dettaglio richiesto, introduce inoltre lo stato di lavorazione e di approvazione dei modelli

ne informativa» stabilisce i requisiti relativi all'attività professionale delle figure coinvolte nella gestione e nella modellazione informativa.

³⁶ Su cui A.L.C. Ciribini, *La Norma UNI EN 11337-8: dall'Information Management al Project Management*, in *www.ingenio-web.it*, 22 maggio 2018.

³⁷ Essenzialmente PAS 1192:2 - UK - e BIMForum - USA.

³⁸ BibLus-net, *UNI 11337-5, la quinta parte della norma italiana sul BIM: l'EIR (Employers Information Requirement) e i BEP (BIM Execution Plan) arrivano in Italia*, in *www.biblus.acca.it*, 1 dicembre 2016.

³⁹ Rubricata: «Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni - Parte 1: Modelli, elaborati e oggetti informativi per prodotti e processi».

⁴⁰ In materia cfr. A. Pavan, *BIM: la norma UNI 11337 e gli appalti digitali*, in *buildingSMART Italia e Politecnico di Milano, Il BIM nei lavori pubblici: punti di partenza e nuove prospettive*, Milano, 9 marzo 2018.

⁴¹ Rubricata: «Edilizia e opere di ingegneria civile - Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni - Parte 4: Evoluzione e sviluppo informativo di modelli, elaborati e oggetti».

e degli elaborati, intesi come passaggi che attestano il grado di progressione operativa e di affidabilità formale del contenuto informativo delle singole operazioni.

La UNI 11337-5⁴² si sofferma, invece, sui ruoli, le regole ed i flussi delle informazioni nonché sulla loro interazione nei processi di costruzione digitalizzati. Di particolare interesse è l'attenzione che in questo ambito viene rivolta ai contenuti minimi del Capitolato informativo e all'Offerta nonché al Piano per la gestione informativa. Nello specifico vengono precisati i modelli, gli elaborati, le schede e gli oggetti, al fine di garantire completezza, trasmissibilità e congruenza delle informazioni accluse. A margine, la UNI/TR 11337-6 esemplifica la redazione del Capitolato informativo, presentato nei suoi aspetti concettuali nella UNI 11337-5, della quale costituisce un allegato.

Da ultimo, è stata approvata la parte 7 della norma, dedicata alla definizione dei ruoli, delle mansioni e delle autorità, oltre che alla risoluzione delle ambiguità che ancora permangono anche nella prassi internazionale.

La precisione che la normazione UNI riserva alla tematica in discorso, ne ha fatto un utile strumento per le stazioni appaltanti che hanno inteso realizzare, mediante i percorsi di modellazione informativa espressi dal BIM, già a partire dal concorso di progettazione, significativi risultati in termini di *quantity take-off*⁴³, di fissazione del costo nonché di precisazione degli elementi necessari per il rilascio dei titoli autorizzativi ed abilitativi ma anche per l'esercizio ed in generale per la gestione del ciclo di vita dell'opera. Sulla base di siffatte considerazioni, l'assenza di un riferimento, ancorché generico, alla normativa volontaria nel corpo del d.m. n. 560 del 2017, non solo non ha contribuito a realizzare chiarezza nell'implementazione dei processi di digitalizzazione del settore, complesso e di forte impatto, delle costruzioni e delle infrastrutture, ma finisce per privare l'articolato del capitale di conoscenze espresso dalle soluzioni tecniche elaborate per tale contesto produttivo, indispensabili per accompagnare una fase di transizione, in cui diventa necessario affinare e sperimentare inedite modalità di interoperabilità. Probabilmente, la lacuna in argomento sconta la carenza di una riflessione profonda e consapevole su un cambiamento che non è soltanto tecnologico: la modellazione informativa incide sulle criticità che riguardano l'aspetto organizzativo e di processo della committenza pubblica come dei fornitori, invece le attività progettuali come quelle endoprocedimentali finalizzate alla selezione degli affidatari e non potrà non determinare una rivisitazione della contrattualistica di sostegno. Da ciò la necessità di individuare strategie tese a supportare il mutamento in atto, presentandosi perciò come un'occasione mancata il silenzio

⁴² Rubricata: «Edilizia e opere di ingegneria civile – Gestione digitale dei processi informativi delle costruzioni – Parte 5: Flussi informativi nei processi digitalizzati».

⁴³ Quantificazione definitiva degli elementi costruttivi e delle rispettive lavorazioni.

serbato dal provvedimento ministeriale sulla normativa tecnica volontaria, anche in relazione all'esperienza internazionale cui la medesima si ispira.

6. *Riflessi della modellazione informativa sulla contrattualistica di sostegno*

Dall'itinerario argomentativo sin qui tracciato emerge l'intreccio applicativo che promana dall'applicazione della digitalizzazione ai processi costruttivi, con esiti che, abbracciando in maniera totalizzante e pervasiva l'assetto di ruoli e funzioni in cui si esprime l'architettura contrattuale di settore, reclama un ripensamento che tocca anche la sostanza di istituti e categorie operanti in tali vicende. Aderendo alla prassi internazionale, l'impianto del d.m. n. 560 del 2017 poggia la propria dimensione strutturale e funzionale, sul rapporto instaurato tra Capitato informativo e Piano di Gestione informativa che, siccome operanti nell'Ambiente condivisione dati, consente ai flussi informativi di filtrare lungo il perimetro contrattuale in cui si articola la filiera decisionale del comparto delle costruzioni. Il Piano di gestione informativa, in quanto parte integrante del contratto sottoscritto dalle parti, rappresenta lo strumento alla stregua del quale, dovrà essere verificato l'esatto adempimento della prestazione convenuta. Del pari l'elaborato progettuale in formato digitale, una volta ultimato, conterrà le informazioni necessarie per il processo costruttivo ed il programma manutentivo dell'opera da realizzare.

Poste tali premesse non può sottacersi come la cornice culturale di riferimento si mostri intrisa di una certa pigrizia intellettuale, una sorta di torpore mentale alla cui diffusione contribuisce anche la fluidità in cui si esprimono i tratti qualificanti della modellazione informativa. Sicché invece che di grande trasformazione, più correttamente sembrerebbe opportuno parlare di lenta transizione verso l'interiorizzazione sistemica della digitalizzazione dei sistemi decisionali relativi al comparto delle costruzioni pubbliche⁴⁴. Tale riflessione trova conforto nell'interesse che la scienza giuridica italiana ha mostrato, almeno sino a tempi recenti, nei riguardi della modellazione e dei suoi sviluppi. La questione è dunque culturale ed investe l'impresa ed i processi produttivi, la P.A. ed il suo assetto organizzativo, ma si incentra anche sul rapporto tra innovazione tecnologica basata sulla modellazione digitale ed archètipi civilistici, così come consegnati dalla tradizione⁴⁵.

⁴⁴ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. di R. Vigevani, Torino, 2000, 61 ss.

⁴⁵ Ponendosi il problema delle lacune ordinamentali. Cfr. N. Bobbio, *Lacune del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, 419 ss.; M. Corsale, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 271; R. Guastini, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale italiana del diritto del primo novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, 6, 511 ss.; Id., *Lacune del diritto*, in *Dig. priv. sez. civ.*, X, Torino,

L'analisi condotta evidenzia come il d.m. n. 560 del 2017 non presti specifica attenzione ai risvolti contrattuali né ai passaggi endoprocedimentali e processuali che ne accompagnano l'adozione, sebbene le questioni attratte, come attestano i contenziosi già disseminati, costituiscono gli aspetti più controversi della modellazione digitale della domanda pubblica.

È noto che le caratteristiche, commerciali e contrattuali, della rete di progettazione rappresentano un'unicità nel settore dell'ambiente costruito che si confronta con il carattere esclusivo, e nel contempo innovativo, di ciascun progetto e dei processi, funzioni e risultati su misura che ne conseguono, i cui vincoli rendono particolarmente impegnativa l'adozione della modellazione digitale⁴⁶.

L'implementazione del BIM su un progetto richiede un'integrazione contrattuale per il tramite di un *addendum* o un protocollo, in cui lo stesso viene reso vincolante per le parti contraenti, con le implicazioni che ne derivano in punto di obbligazioni e responsabilità⁴⁷. Tuttavia, non può negarsi che l'approccio conoscitivo al tema è riconducibile essenzialmente al comparto delle costruzioni ed è, dunque, opera di studiosi esperti delle scienze tecniche⁴⁸, con una forte componente di quelli votati al mondo dell'informatica, certamente eminenti nel loro campo di indagine, ma essenzialmente prestati alle scienze giuridiche⁴⁹. Occorre, peraltro, responsabilmente prendere atto che gli sporadici contributi rinvenibili

1994, 12; Id., *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, 291 ss.; P. Perlingieri, *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 671 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 317 ss.; F. Pedrini, *Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto"*, in F. Pedrini e P. Perlingieri, *Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 1127 ss.; P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, *passim*.

⁴⁶ N.M. Post, *BIM Lawsuit Offers Cautionary Tale. Insurance settlement related to a building information model shows that BIM without communication can be costly*, in *Engineering News-Record*, 19th May 2011.

⁴⁷ La prassi contrattuale anglofona ha sviluppato diversi schemi: *ConsensusDocs301 Building Information Modelling (BIM) Addendum*, in www.smacna.org, 30 giugno 2008; *Construction Industry Council, Building information model (BIM) protocol (1st edition 2003) e (2nd edition 2018)*, London, in cic.org.uk, 2018; *AIA Digital Practice Documents*, in www.aiacontracts.org. Sul tema cfr. H.W. Ashcraft, *Building Information Modeling: a framework for collaboration*, in *Construction lawyer*, 28, 1, 2008, 5 ss.; J.M. Dougherty, *Claims, disputes and litigation involving BIM*, London-New York, 2015, 63-102; K. Eschenbruch, *Projektmanagement und Projektreuerung: für die Immobilien- und Bauwirtschaft*⁴, Köln, 2015, 128-142; R.H. Lowe, J.M. Muncey, *Consensus DOCS 301 BIM Addendum*, in *Construction lawyer*, 29, 1, 2009, 1 ss.

⁴⁸ L'aspetto è sottolineato a A.L.C. Ciribini, *Legal Bim*, in www.ingegno-web.it, 7 maggio 2016, con riferimenti alle opere di Howard Ashcraft, Klaus Eschenbruch, David Mosey, Xavier Pican.

⁴⁹ Cfr. G.M. Di Giuda, *BIM e teoria dei contratti*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, *Legal BIM. Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016; Id., *Il Building Information Modeling: nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, in Aa.Vv., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie dello Stato Italiane, cit., 33-37.

in tale spettro conoscitivo sono per lo più di matrice pubblicistica⁵⁰, restando l'argomento in larga parte ignorato dalla letteratura civilistica domestica.

Il dato, apparentemente poco significativo, merita una riflessione che tocca il ruolo del giurista positivista⁵¹ rispetto al diffondersi delle nuove tecnologie in contesti che erodono le tematiche di tradizionale appannaggio del civilista contemporaneo⁵², aprendo, al contempo, inesplorati campi di indagine: troppo piegato all'agevole commento del sedimentato di esperienze formatosi nelle aule di giustizia per essere propulsore di discontinuità, alfiere del cambiamento⁵³; troppo ingabbiato nella temporalità della sua storia per decifrare il movimento senza confonderlo con la contingenza⁵⁴. Non può sottacersi – e la notazione trova conferma nei tratti qualificanti dei cennati studi – come, rispetto al progressivo inverarsi dell'impianto metodologico basato sul BIM, sia stato assordante il silenzio serbato al riguardo dalla dottrina, probabilmente nell'erroneo convincimento dell'assenza di profili di incidenza sulle categorie di diritto privato⁵⁵. Eppure, superata la fase in cui il tema era oggetto di approfondimento da parte di alcuni isolati innovatori, nel periodo più recente, soprattutto all'indomani dell'adozione del codice dei contratti pubblici, ci si era ormai persuasi che la transizione

⁵⁰ Cfr. S. Valaguzza, *Principi dei contratti pubblici e la modellazione informativa*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, Legal BIM. *Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016.

⁵¹ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, I, Napoli, 2006, 124 ss. Si vedano al riguardo gli interessanti contributi presenti in G. Perlingieri, M. D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Sala degli Affreschi, Complesso di S. Andrea delle Dame-Napoli*, Napoli, 2017. Sul tema L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Saggi, Milano, 1996, 10; V. Scalisi, *Per un'ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, 1256; G. Alpa, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, 357 ss.; Id., *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 75 ss. Sul tema cfr. le ricostruzioni di F. Marinelli, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2009; F. Macario e M. Lobocono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010; M. Pennasilico, *Il diritto civile tra storia e metodo*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, I, 337 ss.

⁵² Paolo Grossi invoca la «bassa corte dei fatti» in Id., *Nobiltà del diritto. Profilo di giuristi*, in *Quaderni fiorentini*, 80, Milano, 2008, 213. Cfr. Id., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, in Id., *Ritorno al diritto*³, Roma-Bari, 2018, VII ss., per sottolineare la inseparabilità tra fatti e diritto ma anche «l'enorme virulenza di certi fatti» che condizionano il diritto, lo plasmano. Un approfondimento del tema lo si ritrova in Id., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 1, 11 ss.

⁵³ P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., 317 ss. Sul tema da ultimo la ricostruzione di G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 3, 666 ss.

⁵⁴ P. Perlingieri, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 3 ss.

⁵⁵ P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., 319; A. Gambaro, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, 1225 ss.; G. Perlingieri, *Ventacinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in *Aa.Vv.*, *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, 552. Si veda anche M. Weber, *Economia e società*, II, trad. it. di P. Rossi, Milano, 1974, 189.

digitale⁵⁶ avrebbe impresso un profondo cambiamento al comparto non solo delle costruzioni e delle infrastrutture ma, più in generale, dei lavori complessi, in relazione alle attività di progettazione, esecuzione e manutenzione, con le intuibili ricadute sulle elaborazioni formulate in ordine ai fondamentali di consolidati istituti di diritto privato e delle loro saldanti categorie di riferimento⁵⁷. Proprietà intellettuale, responsabilità professionale e soprattutto la nozione di cooperazione del creditore nell'attuazione del rapporto obbligatorio, sarebbero stati incalzati in maniera panottica dall'incedere della modellazione digitale⁵⁸, pervenendo ad una ridefinizione o solo ad una rivisitazione del loro contenuto qualificatorio con intuibili ricadute sul relativo spettro applicativo⁵⁹.

L'interoperabilità e la collaborazione derivanti dalla modellazione informativa nel contesto degli appalti pubblici, suggeriscono un approccio più attento al profilo partecipativo attivo nell'esecuzione della prestazione come nel processo di formazione del vincolo genetico, in cui inevitabilmente si accentuano i doveri di correttezza e buona fede delle parti coinvolte e le annesse responsabilità, in una prospettiva di superamento della postulata coincidenza della buona fede con l'esclusivo perseguimento dell'interesse della P.A., non sempre coincidente con l'as-

⁵⁶ Sul tema si rinvia agli interventi del convegno organizzato dalla Camera dei Deputati su *La transizione digitale in Europa per il settore delle costruzioni - Gli effetti delle strategie e dei mandati governativi sul settore delle costruzioni*, Roma, 18 febbraio 2016.

⁵⁷ P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, 826 ss., ora in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 31 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 21 ss.; R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 26, 513-525.

⁵⁸ P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, 1, 458 ss., ora in Id., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, cit., 18 ss.; G. Benedetti, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, 593; V. Scalisi, *Assiologia e teoria del diritto (Rileggendo Rodolfo De Stefano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 21, ora in Id., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 225 ss. Diversamente N. Irti, *Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 1, 141 ss.; Id., *L'età della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 1978, 613 ss.

⁵⁹ A.L.C. Ciribini, *Il BIM è collaborazione, ma come gestire i contratti - responsabilità, rischi e remunerazioni?*, in *www.ingegno-web.it*, 12 gennaio 2018. In materia cfr. L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milano 1996, 75; Id., *Diritto vivente*, in *Dig. priv. sez. civ.*, VI, Torino, 1999, 445 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, II, cit., 433 ss.; Id., *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 437 ss.; N. Irti, *Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, in Id., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 24; V. Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto «giusto»*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 471 ss., ora in Id., *Fonti-teoria-metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, cit., 124 ss.; M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1966, 32 ss.; Id., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1100 ss.; Id., *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 1, 769 ss.; L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1, 39 ss.

setto valoriale in cui si riconosce la comunità e non sempre conforme alla ragionevolezza del sistema ordinamentale⁶⁰.

L'approfondimento del tema da ultimo esaminato richiederebbe un'esegesi che si spinge oltre i confini del presente lavoro, nutrendosi di valutazioni storiche e dogmatiche, correlative e distinte, che pervadono i profili ricostruttivi della teoria delle obbligazioni costringendola a confrontarsi con la ricchezza ermeneutica del continuo concreto mobile dell'esperienza⁶¹, garantendo così al pensiero giuridico attualità storica e contemporaneità sociale⁶². Nondimeno, in questa direzione, non può non evidenziarsi come l'interoperabilità e la collaborazione insita nella modellazione in formato BIM abbiano ispirato, in quei paesi dove più diffuso è il suo utilizzo, principalmente anglofoni, lo sviluppo di modelli contrattuali multilaterali di tipo collaborativo, meglio noti come *Alliance Contracting*⁶³ che, scardinando gli schemi tradizionali basati sulla separazione e sulla contrapposizione, prevedono forme congiunte di *governance* basate sull'assunzione di decisioni

⁶⁰ Su cui F. Mangano, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 39 ss. e 44 ss.; A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 23 ss.; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 271 ss.; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 326; L. Franzese, *L'autoamministrazione come superamento di privato e pubblico*, in appendice a Id., *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*², Padova, 2001, 223 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; F. Addis, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbl. contr.*, 2005, 110; S. Polidori, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in R. Di Raimo, V. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 295 ss.; V. Ricciuto, A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato CNP*, diretto da P. Perlingieri, IV, 13, Napoli, 2009, 115 ss.; C. Franchini, *Diritto pubblico e diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di) *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, 89 ss.; M. Pennasilico, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 428 ss.; Id., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1052 ss.; Id., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 43 ss.; Id., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, 13; Id., *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contr.*, 2014, 2, 187 ss.; B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *www.judicium.it*, 1 ottobre 2012; G. Iudica, *La buona fede nel contratto di appalto*, in *Jus Civile*, 2017, 2, 128 ss.

⁶¹ S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, ora in Id., *Scritti giuridici*, V (1965-1996), Milano, 2011, 1130.

⁶² E. Betti, *Categorie civilistiche dell'interpretazione*, in Aa.Vv., *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, 2462 ss.; Id., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften: zugleich ein Beitrag zum Unterschied zwischen Auslegung und Sinngebung* (1962)², Tübingen, 1972, trad. it. di O.N. Ventura, G. Crifò, G. Mura, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, Roma, 1987.

⁶³ G.M. Di Giuda, *Il Building Information Modeling: nuove relazioni e nuovi modelli contrattuali*, in Aa.Vv., *Innovare per progettare il futuro. Primo Libro Bianco sul Building Information Modeling*, a cura di Italferr-Gruppo ferrovie del Stato Italiane, cit., 37; L. Hutchinson, *Introduction*, in R. Breedon, *Alliance Contracting*, in *www.kingsfund.org.uk*, 27th March 2014; A. Porwal, K.N. Hewageb, *Building Information Modeling (BIM) partnering framework for public construction projects*, in *Automation in Construction*, 2013, 31, 202-214.

convergenti nei processi di gestione del programma contrattuale⁶⁴. Nel ragionare, occorre dar conto che la struttura di *Alliance* propria degli anni '90 del secolo scorso, il cui perno era rappresentato dalla necessità di prevenire il rischio del contenzioso tra le parti, ha lasciato spazio ad un'impostazione relazionale incentrata sulla committenza e sul risultato unitario convenuto, dove tuttavia stentano ad affiorare gli elementi di precipua connotazione, e di per sé fondanti, del rapporto tra assetto computazionale ed archetipo giuridico originario⁶⁵. Non si sottrae a tali criticità anche il FAC-1 *Framework* dell'accordo utilizzabile da committenti pubblici e privati per il conseguimento di collaborazione ed efficienza nella prospettiva del superamento della conflittualità insita nei tradizionali schemi negoziali⁶⁶. Difatti, se appare chiara la dimensione partecipativa ed unificante dello strumento negoziale in parola, non sfugge che l'assenza di precisi termini di conformità ai vincoli tecnico-giuridici degli aspetti sostanziali che ne originano il ricorso, finisca per attenuare il carattere impositivo delle previsioni contenute. Si rivela dunque giustificata la preoccupazione che la prefigurata ed accentuata simmetria informativa, derivante dal comune allignare dei benefici e della sopportazione del rischio, siccome lo scambio informativo ed il governo decisionale affidato ad un comitato, in realtà non siano così agevolmente perseguibili, suscitando perplessità circa l'effettiva capacità di imporre una convenienza collegiale che sia immune da comportamenti unilaterali e pregiudizievoli dei soggetti coinvolti⁶⁷.

⁶⁴ Sul tema H.W. Ashcraft, *Negotiating an Integrated Project Delivery Agreement*, in *The construction lawyer*, 2011, 31, 17 ss.; Id., *The Transformation of Project Delivery*, in *The construction lawyer*, 2014, 34, 35 ss.; D. Kondev, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitration in the Construction Industry*, West Sussex, 2017, 31-59 e 121-166; M. Fischer, H.W. Ashcraft, D. Reed, A. Khanzode, *Integrating Project Deliver*, Hoboken, 2017, 31 ss.

⁶⁵ P. Davis, P. Love, *Alliance contracting: adding value through relationship development*, in *Engineering, Construction and Architectural Management*, 2011, 18, 5, 444-461; P. Lahdenperä, *Towards a Coherent Theory of Project Alliancing: Discovering the System's Complex Mechanisms Yielding Value for Money*, in *Construction Economics and Building*, 2017, 17, 2, 41-61; Id., *Making sense of the multi-party contractual arrangements of project partnering, project alliancing and integrated project delivery*, in *Construction Management and Economics*, 2012, 30, 1, 57-79; D. Amaral Fernandes, A. Aguiar Costa, P. Lahdenperä, *Key features of a project alliance and their impact on the success of an apartment renovation: a case study*, in *International Journal of Construction Management*, 14 luglio 2017.

⁶⁶ Il progetto è stato sviluppato dal Centro Interuniversitario di *Construction Law and Management* (CCLM) promosso dall'Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano e Università degli Studi di Brescia, sulla base del modello del *Centre of Construction Law and Dispute Resolution* del King's College di Londra. In materia, cfr. D. Mosey, *Enabling BIM Through Procurement and Contracts*, in Università degli Studi di Milano, Politecnico di Milano, Università degli Studi di Brescia, Legal BIM. *Modellazione informativa e nuovi modelli contrattuali*, Milano, 5 dicembre 2016 e S. Valaguzza, A.L.C. Ciribini, *BIM, the law and alliances in Italy*, in ICLA *Biannual Conference, Improving Value Through Alliances, BIM & Collaborative Contracts, Integrating procurement, digital technology and the law*, London, 1st March 2018. Si veda anche M. Richards, *Building information management: A standard framework and guide to BS 1192*, London, 2010, 13 ss.; A. Grilo, R. Jardim-Goncalves, *Value proposition on interoperability of BIM and collaborative working environments*, in *Automation in construction*, 2010, 19, 522-530.

⁶⁷ A.L.C. Ciribini, *Il BIM è collaborazione, ma come gestire i contratti - responsabilità, rischi e remunerazioni?*, cit.

7. Conclusioni

Gli intrecci ermeneutici siccome emergenti dalla tematica trattata introducono elementi di significativa novità nel dibattito incentrato sulle relazioni che si instaurano tra le parti attratte nell'attuazione del rapporto obbligatorio rispetto ai consueti schemi prospettati⁶⁸, richiedendo un ripensamento critico delle categorie giuridiche che si innestano nelle questioni economiche-produttive relative ai lavori complessi⁶⁹.

In maniera incisiva, le indicazioni appena rappresentate sono attraversate dal convincimento che, nello scenario così delineatosi, la cooperazione, pur implicando condivisione e scambio di dati ed informazioni, non per questo si sottragga alla sostanza cui le vicende contrattuali si conformano, rette da convenienze e posizioni di forza negoziale⁷⁰. Resta ferma, in ogni caso, la centralità dell'argomentazione in ragione della quale l'approccio digitale della domanda pubblica nei processi costruttivi sembra recepire gli approdi cui perviene la dottrina civilistica più attenta allorquando, pur nella contrapposizione, verte il proprio interesse, valorizzandolo, sul comportamento diretto al conseguimento del risultato concordemente voluto e programmaticamente definito in sede contrattuale.

Oltre all'esatto adempimento del debitore, l'attuazione del rapporto obbligatorio è rimessa ad un'attività di cooperazione del creditore nell'obiettivo di vedere assicurata la propria pretesa ma anche di consentire la liberazione del soggetto obbligato⁷¹ e, laddove assume rilievo, in relazione alla possibilità di configurare un interesse debitorio giuridicamente protetto, ultroneo rispetto alla trama obbligatoria, di garantire l'esecuzione della prestazione, essendo riconosciuto, in siffatte circostanze, un diritto del debitore ad adempiere⁷².

Nella dialettica che si sviluppa, improntata al rispetto dei doveri di correttezza e buona fede, il committente risulta onerato della consapevolezza di essere parte creditrice degli esiti dell'attività di progettazione digitale, quale presupposto necessario per l'esecuzione e la gestione di cespiti fisici, cui si accompagna il

⁶⁸ Sul tema si veda G. Colangelo, *Mercato e cooperazione tecnologica. I contratti di patent pooling*, Milano, 2008, 153 ss.

⁶⁹ P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, cit., 227.

⁷⁰ A.L.C. Ciribini, *Le criticità del Piano di Gestione Informativa* (BIM Execution Plan), cit..

⁷¹ F.D. Busnelli, *Il comportamento del creditore*, in L. Bigliuzzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 70 ss.; C. Rossello, *Cooperazione del creditore all'adempimento, doveri di correttezza e rischio contrattuale*, nota a T. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, 373 ss.; N. Distaso, *Le obbligazioni in generale*, Torino, 1970, 203 ss.; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 356 ss.; Id., *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*, cit., 4 ss.

⁷² F. Bocchini, *Estinzione del rapporto obbligatorio. Adempimento*, in F. Bocchini, E. Quadri, *Diritto privato*⁷, Torino, 2018, 687.

corredo informativo del «come costruito»⁷³. Nel contempo, sul soggetto affidatario della commessa ricade l'obbligo ma anche il diritto di redigere il progetto e, ove previsto, di eseguire i lavori, risultando, nel caso di specie, marginale la mera liberazione dal vincolo obbligatorio che costituisce la fonte di tali attività. In questa direzione milita l'indirizzo espresso dalla Suprema Corte che, richiamando il contenuto dell'art. 1206 c.c., letto alla luce dei principi di correttezza e buona fede oggettiva, ha ravvisato l'esistenza in capo all'amministrazione committente di un dovere di cooperazione all'adempimento dell'appaltatore, attraverso il compimento di quelle condotte necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio. Di talché, la mancata consegna da parte del committente pubblico delle varianti in corso d'opera, rese necessarie da sopravvenute prescrizioni di legge, configura un'ipotesi di impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore, il quale risponde delle conseguenze dell'omessa cooperazione necessaria all'adempimento⁷⁴. Ulteriore notazione che avvalorata l'ipotesi appena prospettata viene desunta dalle applicazioni contrattuali invalse nel contesto della domanda pubblica, con specifico riguardo alla maturazione dei requisiti di qualificazione tecnica, economica ed organizzativa, cui si opera riferimento a partire dall'art. 8 della c.d. legge Merloni per arrivare agli artt. 83-84, d.lgs. n. 50 del 2016⁷⁵, nella parte in cui segnalano che il soggetto affidatario della commessa, progettista ed anche impresa esecutrice, oltre al corrispettivo, abbia interesse alla effettiva esecuzione della prestazione dovuta, secondo quanto previsto dal capitolato tecnico e prestazionale⁷⁶.

Il dato che affiora dalle considerazioni appena mosse, siccome sistematicamente inquadrate nella recente produzione normativa della contrattualistica pubblica e delle fonti comunitarie, senza trascurare l'incidenza delle prassi di settore, talvolta nascoste ma incalzanti, sollecita una rinnovata riflessione che, muovendo da una visione economica antropocentrica della concorrenza e del mercato globa-

⁷³ A.L.C. Ciribini, *Decalogo del buon committente digitale*, in *www.ingegno-web.it*, 14 maggio 2018.

⁷⁴ Cass. civ., sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1 ss. con commento di D. Chindemi, *Obbligo di collaborazione della Pubblica Amministrazione nell'appalto pubblico*; in *Urb. app.*, 2006, 7, 824; in *Giur. it.*, 2006, 12, 2259; in *Boll. leg. tecnica*, 2006, 7-8, 655; in *Impresa*, 2006, 7-8, 1179. In senso conforme Cass. civ., sez. I, 5 giugno 2014, n. 12698, in *Ced Cassazione*, 2014; Id., sez. II, 22 novembre 2013, n. 26260, in *Ced Cassazione*, 2013.

⁷⁵ Cons. Stato, ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8, in *Urb. app.*, 2016, 1, 88, con commento di A. Giacalone, *Fase di esecuzione e onere di continuità del possesso dei requisiti*; Id., sez. V, 29 febbraio 2016, n. 813, in *App. contr.*, 11 marzo 2016 e in *Giur. it.*, 2016, 11, 2479, con commento di G.D. Comporti, *Appalti pubblici. Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*. Da ultimo Id., sez. V., 2 luglio 2018, n. 4036, in *App. contr.*, 13 luglio 2018, con commento di G. Zurlo, *Necessaria la corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione del contratto pubblico*.

⁷⁶ Sul tema cfr. A. Lamorgese, *La rilevanza pubblica dell'esecuzione del contratto di appalto con la Pubblica Amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 642.

le⁷⁷, attraversi e segni la funzione sociale del contratto di appalto pubblico, assegnandogli il compito di assicurare rilancio economico-produttivo ma anche di tutelare l'incolumità pubblica, proiettandosi così nella direzione della promozione della persona e dello sviluppo umano e sociale, per accostarne intensivamente le conclusioni relative al nesso tra dignità e diritti, in una *reductio ad unum*⁷⁸.

Su tali premesse, la modellazione digitale e le condotte collaborative che da essa originano, come articolate nel d.m. n. 560 del 2017 e declinate dalla normativa tecnica di comparto, saranno ambasciatrici di una mutata costruzione della relazione tra committenza pubblica e privati fornitori, che minerà il paradigma superstito del contratto di appalto pubblico e la sua dimensione pubblicitica, con l'inserimento di prodromi privatistici nell'esercizio della cura dei pubblici interessi che, tuttavia, laddove non gestiti con adeguata qualificazione dai soggetti coinvolti, potrebbero generare criticità in termini di sovrapposizioni ed interferenze contrattuali.

⁷⁷ Su cui F. Campanella, M. Mustilli, *Economia antropocentrica. La necessaria centralità dell'uomo per lo sviluppo economico*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2018, *passim*.

⁷⁸ In maniera significativa P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, cit., 224 ss.; F. Bocchini, *Tutela del consumatore e mercato*, in C.M. Bianca, F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 783 ss.

Divagazioni in tema di attività contrattuale dei committenti pubblici al tempo della digitalizzazione dei processi costruttivi. La questione dei requisiti informativi

Gli albori dell'anno in corso hanno coinciso con l'estensione della vincolatività della modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture, schiudendosi per tale strada l'ulteriore sviluppo della digitalizzazione del comparto delle opere pubbliche. L'obbligatorietà, ancorché graduale, del *Building Information Modeling* (BIM), imposta con l'emanazione del d.m. n. 560 del 2017, segna una svolta radicale nel contesto degli appalti pubblici, con ricadute nella filiera delle costruzioni, volendo ambire, anche alla stregua del sedimentato di esperienza di derivazione internazionale, ad introdurre elementi di definitività e certezza sino ad oggi privi di cittadinanza in tale comparto produttivo, e sperimentare, in quanto esito di tecnologie abilitanti, nuovi modelli organizzativi del lavoro, delle professioni e, prima tra tutti, della domanda pubblica, dai quali discenderanno rinnovate occasioni di conoscenza della realtà economica da parte della scienza giuridica.

Considerations on the contractual activity of public clients at the time of the digitalisation of construction processes. The issue of information requirements

The beginning of the current year coincided with the further obligation to adopt information modelling in the building and infrastructure sector, thus heralding further development in the digitalisation of branches of structural public works. Albeit gradual, the obligation of Building Information Modelling (BIM), imposed by Ministerial Decree No. 560-2017, marks a radical change in the context of public tender calls, with consequences throughout the construction industry chain. Also on the basis of acquired international experience, the article looks towards the introduction of elements of effectiveness and guarantee so far not observed in this productive branch, as well as the field-testing of new labour organisation models based on qualifying technologies with due regard to public demand, from which renewed occasions for economic fact awareness on behalf of juridical science will no doubt derive.

The International *P2P* Market System. American and Italian Context Compared

Brunella Russo

SUMMARY: 1. Introduction: operational characteristics of *Peer to Peer Lending*. – 2. The American market: the experience of Prosper Marketplace and Lending Club. – 3. The Italian market: size and structure of the national platform. – 4. (*Continued*). The *Prestiamoci Spa* platform. – 5. Some concluding remarks.

1. *Introduction: operational characteristics of Peer to Peer Lending*

In an increasingly complex context for the global financial scene, we hear much about alternative on-line finance that, through the use of digital channels, has started to provide services which were traditionally provided by the banking channel¹.

There does not appear to be a technical definition of “alternative finance” in literature or legislation, but this term has been recognized worldwide for some years now referring, as it does, to all methods of financing and investment that are not part of traditional finance characterized as the work of banks and regulated markets².

¹ See, J. Egan, C. Neu, A. Mc Grath, *The investment case for online marketplace loans*, Evolution Capital Management Research, 2016, available at <http://evocm.com/wp-content/uploads/2016/09/Evolution-Research-The-Investment-Case-for-Online-Marketplace-Loans-2016.09.20.pdf>.

² See, Banca d'Italia, *FinTech in Italia. Indagine conoscitiva sull'adozione delle innovazioni tecnologiche applicate ai servizi finanziari*, Roma, 21 Dicembre 2017. See also M. Bofondi G. Gobbi, *The big promise of FinTech*, in *European Economy*, vol. 2, 2017, 107-119; G. Bruton, S. Khavul, D. Siegel, M. Wright, *New financial Alternative in seeding entrepreneurship: microfinance, crowdfunding, and peer to peer innovations*, Baylor University, 2015, available at <http://doi.org/10.1111/etap.12143>

With regard to P2P platforms, see N. Tomlinson, I. Foottit, M. Doyle, *A temporary phenomenon? Marketplace lending, an analysis of the UK Market*, Deloitte Center for Financial Services (edited by), 2016, according to which examples of alternative channels are *on line* “marketplaces” such as equity-and-reward crowdfunding, peer-to-peer/business lending and third-party payment platforms. Alternative instruments include SME

Therefore, it could be defined as the set of innovative, alternative financial products, channels and instruments developed thanks to the Internet, made available to a vast clientele (for instance, individuals and small-medium enterprises (SME), start-ups or social projects), disbursed outside the banking channel, to meet various financial needs.

Before addressing the more purely juridical aspects of this investigation, it is appropriate to provide some technical data relating to operations procedure, which usually begins with the assignment of a rating at the moment a loan application is made. Specifically, this rating represents a value that reflects the level of reliability of the applicant in terms of financial solvency and is released only after questioning a private central risk management company³ similar to how banks and financial companies operate. Only afterwards does the platform then match the needs of the applicant with those of the lenders who offer credit.

This evaluation is usually indicated with a letter of the alphabet, but each platform has its own system, meaning that there is not a single standard, thus the degree of risk of the lenders between the various platforms is difficult to compare. Examples of this include the American platforms, which will be discussed later, such as *Lending Club* and *Prosper Marketplace*, founded in 2006 and considered the most important worldwide in terms of volumes supplied, number of investors and active applicants⁴.

Generally, loans are disbursed after an analysis of the documentation provided by the applicant compared to an on-line declaration.

The now numerous platforms that operate in the market allow anyone looking for a loan to enter their data in a portal and, within a few hours, receive confirmation of approval or denial of a loan. This possibility is also open to institu-

mini-bonds, private placements and other “*shadow banking*” mechanisms, social impact bonds and community shares used by *no profit* enterprises, and alternative currencies such as Bitcoin.

Again, Deloitte Center for Financial Services (edited by), *A temporary phenomenon? Marketplace lending. An analysis of the UK market*, 2016, 1-13.

Available at <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/financial-services/deloitte-uk-fs-marketplace-lending.pdf>.

³ In Italy, these companies are, for example CRIF (Central Financial Risks) and CTC (Credit Protection Consortium).

In the USA, for example, the Prosper platform uses Experian while Lending Club uses TransUnion, Experian, and Equifax.

⁴ See, *Manual Investing* available at the website <https://www.lendingclub.com/browse/browse.action> regarding the performance objectives or the determination of a risk-return objective, leaving the platform the task of constructing the portfolio.

On the topic, see <https://help.lendingclub.com/hc/en-us/sections/203810597-Automated-Investing>.

In doctrine, N. Buhayar, *Lending Club Wants to Broaden its Membership*, in *Bloomberg Businessweek*, 23 April 2015; S. Cunningham, *The Complete Guide to Investor Risks at Lending Club & Prosper*, in *LendingMemo* on line magazine, 2013, available at www.lendingmemo.com/lending-club-and-prosper-risks/.

tional investors who can then create their own on-line account on the platform website and start investing⁵.

Participation in the loan is allowed to a large number of subjects since the savings of a lender are never all destined to the same applicant; they are, rather, fragmented between different subjects, to diversify and minimize the risk of possible losses.

The company that offers the platform, the actual website, does not directly hold the money of the lenders; it is entrusted to a third party, typically a custodian bank, and protected by the Interbank *Deposit Protection Fund*⁶. The applicant repays the loan by monthly installments even if in some cases a longer, quarterly installment is granted, normally by means of a direct bank debit which is paid to the lenders according to the principal and the share due to each of them⁷.

Comparison between the different operating models of the Peer to Peer (P2P) lending platforms underlines a heterogeneity of contents both because of the use of processes in continuous evolution – often each platform develops particularities within the same country and different characteristics depending on the legislation – and because of the lack of information that the platforms provide, platforms that are usually not homogeneous.

For example, there is no uniformity between the various platforms in the number of operations and amount of money to be lent, the total number of requests that can be presented, loan duration, methods of diversification, risk assessment criteria, and in loan disbursement. It emerges that Italian platforms offer low-volume loans both for private individuals and for companies; this choice of small loans may be related to the needs of the market, i.e. the purpose of loan applications⁸; while compared to Italian platforms, some American platforms, in

⁵ See, A. Milne, P. Parboteeah, *The business models and economics of peer to peer lending*, European Credit Research Institute, 2016.

<https://www.ceps.eu/system/files/ECRI%20RR17%20P2P%20Lending.pdf>

See also, A. Haislip, M. Lund, *The Future of P2P Finance*, in *Media EU*, 2015, 1-11, according to which “Peer-to-Peer finance” is one of the fastest growing and most dynamic fields in modern banking, powered by the Internet and made possible through ubiquitous social networking. *Lenders* prefer it because it promises both higher rates of return and a lower number of defaults. *Borrowers* prefer it because it makes a loan easier to obtain and less expensive. Yet it is far from a panacea and there are many challenges ahead.

⁶ On the role of the Fund internationally, see M. De Cesare, *Report on deposit insurance: an international outlook*, in *Working Paper* No. 8, January 2005.

⁷ This is usually the case in practice, but today there is no provision in the Italian legal system that obliges a company or a Social Lending entity to offer the payment service, thus installment payments can also be made by direct payments from the debtor to creditors, without intermediate steps.

⁸ However, the question of data retrieval remains: there is no system for collecting and publishing relevant data, which, in turn, does not allow a comparison between one operational reality and another in terms of use of the electronic platform, nor is there the possibility of high level monitoring of credit risk, as well as operational risk management, and transparency by providing clear and fair information to all customers.

addition to dealing with both consumer credit and loans to SMEs⁹ have specialized in the provision of loans for the purchase of immovable property guaranteed by the property itself, still absent on the Italian market¹⁰.

A unifying effort in classifying the Peer to Peer lending market at an international level was carried out through a recent International Organization of Securities Commissions (IOSCO) research which led to categorizing this type of market into three different types of business models.

In the first model, the *Client Segregated Account Model*, the investor is put into direct contact with the applicant through the platform, which performs the sole function of connection, drawing up a contract between the two individuals¹¹.

Lenders and applicants pay commission to the platform; specifically, the applicant pays at the time of issuance of the loan as a percentage of the loan volume and according to its risk category while the investor pays administrative fees and if he/she wants to resell his/her loan portfolio on secondary markets is free to do so.

The structure of the second model, the *Notary Model*, is part of the typical American model, whereby investors make offers on the loans they intend to include in their portfolio and, when the requested amount is reached, the loan is issued. The lenders select the *notes* (fractions of the loan) in which they intend to invest based on their return objectives, their risk aversion and the rating assigned by the platform. The commission payment system is similar to the first model¹².

The third model identified is called the *Guaranteed Return Model*. It differs from the previous two as the interest rate that applicants pay is fixed and established by the platform for each level of risk. This is the most widely used model in China and Italy. One disadvantage of this system is that it may lead to an imbalance between the number of applicants and the number of investors.

With regard to liquidity of investments through Peer to Peer lending platforms, in some platforms there is a secondary market where it is possible to sell the loans before maturity on payment of a commission to the platform. The size

⁹ See, C. De Roure, L. Pelizzon, P. Tasca, *How does P2P Lending fit into the consumer credit market?*, Bundesbank Discussion, Paper No. 30, 2016; G. Wehinger, *SMEs and the Credit Crunch, Current Financing Difficulties, Policy Measure and a review of Literature*, in OECD Journal Financial Markets Trends, 2013, 2, 115-148.

¹⁰ See, L. Einav, M. Jeckins, J. Levin, *The Impact of Credit Scoring on Consumer Lending*, in *Rand Journal of Economics*, vol. 44, No.2, 2013, 249-274; A. Morse, *Peer-to-Peer Crowdfunding: Information and the Potential for Disruption in Consumer Lending*, Nber Working Paper No. 20899, 2016, available at <http://www.nber.com>.

¹¹ In this case, investments and loans are separated from the platform's balance sheet and the debtor's obligation remains even in the event of platform failure.

¹² Interest rates are determined by on-line auctions; applicants indicate the maximum interest rate they are willing to pay and investors the minimum return they want to receive for a certain level of risk. The platform then progressively increases the rate of return up to the point where it manages to cover the entire volume of the loan, considering the necessary diversification of the portfolio of each investor and the maximum interest rate that the applicant is willing to pay.

of the secondary market is still rather reduced in proportion to the volume of total loans disbursed by each platform.

On the secondary market, there is a *modus operandi* of *Lending Club*, which uses an independent platform with respect to the “*Direct Lending*” platform, called “*Note Trading Platform*”¹³. Specifically, the secondary market in *Lending Club* works according to a scheme where the seller decides which fractions of loans to sell (notes) and at what price; these are listed in the “*Note Trading Platform*” and other investors buy them after considering risks and returns, at the price set by the seller¹⁴.

It can therefore be seen that the liquidity factor is an element to be taken into account in the investment allocation choices since Peer to Peer loans are not particularly liquid.

As will be explained in greater detail below, despite the fact that the Peer-to-Peer lending market is growing in both Europe and the United States in a relatively uniform manner, with some differences, there are significant disparities in the business models adopted by the main market players due to different regulatory frameworks and the differences in supply and demand.

2. *The American market: the experience of Prosper Marketplace and Lending Club*

A comparative analysis of P2P models immediately highlights the potential of the American *Marketplace Lending*, which developed in a vigorous manner almost at the same time as the English system, supported by a functional regulatory scheme based on a mandatory system of constant management of information disclosure¹⁵. However, it is a relatively young sector with less government supervision than banks.

Consumer sites also have acted as market leaders in using the Internet to sell *pass-through notes* representing fractional interests in individual loans to retail inves-

¹³ Information available at the website of the platform <https://www.lendingclub.com/foiofn/howTradingWorks.action>.

¹⁴ Usually the transactions take place in one day and the seller pays *Lending Club* a commission equal to 1% of the sale price.

See, S. Cunningham, “*The Complete Guide to Investor Risks at Lending Club & Prosper*”, in *LendingMemo* on line magazine, 2013, available at www.lendingmemo.com/lending-club-and-prosper-risks/.

¹⁵ Internet lenders have grown rapidly in recent years and are becoming increasing important participants in the United States financial services markets. These lenders operate in many market segments, including consumer loans, small business loans, student loans, real estate loans, and micro-finance (small loans directed to individual third-world entrepreneurs). In particular, consumer sites have created a marketplace in which consumers can not only lower their financing costs but can also, in some instances, obtain credit when bank financing would have been denied.

tors (so called “peer-to-peer”, or “P2P”, programs). These programs have made new investment opportunities available to the public by enabling investors to purchase indirect interests in specific consumer loans¹⁶. Although most marketplace lenders now fund themselves principally from other sources, P2P programs continue to fund a significant amount of loans. Certainly, these programs have attracted and continue to attract a great deal of media attention and public interest¹⁷.

The first to operate on the US market was Prosper Marketplace, a platform founded in 2006, which grants loans to US residents, in possession of a bank account, calculating the expected loss rate which is obtained by matching a credit score processed internally on the basis of past performance of the loans granted on the platform, and another credit score provided by the risk center, consumer credit reporting company, *Experian*¹⁸. Lenders invest in certificates issued for the purchase of loans from the *WebBank bank*, which are sold by them to a Special Purpose Vehicle (SPV) created by the *Prosper* platform¹⁹.

The funds deposited at the time of the offer can be found at a depository bank, *Wells Fargo*, in an account that does not produce interest, linked to the user’s account on the *Prosper* platform. These funds are used to purchase the certificates that allow the bank to grant the loan and credit the debtor’s account.

Given that this is an activity linked to the solicitation of investment from the public, since 2009 *Prosper* must comply with the regulatory requirements established by the *Securities Exchange Commission* (SEC) and the *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB), bodies aimed at protecting investors, maintaining fair, orderly and efficient markets and facilitating capital formation²⁰.

For investors, the portal offers an investment method, defined as “*Quick Invest*”, which allows the investor to set investment criteria on the basis of which

¹⁶ Lenders participate buying notes that correspond to a specific loan, or share of a loan, with the goal of being repaid principal and receiving interest.

¹⁷ Most marketplace lenders are not currently offering to sell pass-through notes to retail investors but are funding themselves principally through lines of credit, whole-loan sales to institutional investors, securitizations, and/or other arrangements that do not entail an Internet-based securities offering.

¹⁸ The loss rate thus determined defines the rating class to which it belongs, identified by the letters AA, A, B, C, D, E, HR, to which the platform associates an annual percentage rate (APR), which, in Prosper, ranges from 5.99% (AA rating, low risk) to 35.99% (HR rating, high risk).

¹⁹ For more information on industrial loan corporations, see US GAO (edited by), *Industrial Loan Corporations: Recent Asset Growth and Commercial Interest Highlight Differences in Regulatory Authority*, September 15, 2005, 1-98 (in particular page 21-27).

²⁰ The Federal Trade Commission (FTC) was responsible for enforcing many federal consumer protection laws until July 21, 2011 (FTC was the primary guarantor of federal consumer financial laws for non-bank financial service providers). After that date, FTC has shared responsibility for this application with the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB).

SEC is the primary federal agency responsible for investor protection. Like the FTC, it does not comprehensively regulate and examine companies that issue securities. CFPB acts as the chief supervisor of federal consumer protection laws over many of the banks and other financial institutions that offer financial products and services to consumers and is one of the executors of those laws.

the operator can quickly and automatically select loan requests currently available. Another investment method is “Browse Listings” where the creditor can manually and individually select loan requests that satisfy his/her preferences.

Unlike European platforms (especially the United Kingdom), American platforms do not provide for the creation of guarantee funds to mitigate the risk. If a debtor is 15 days late in paying, a penalty is applied which is distributed pro rata to the creditors, if instead it is 30 days late *Prosper* requests the intervention of a debt collection agency, with costs borne by the investor up to 40% of the amount recovered²¹.

It is important to underline how *Prosper* greatly encourages the formation of groups of debtors within the platform precisely to reduce the risk of default, exploiting the emotional leverage of the group’s reputation. If all the members of the group are able to repay the loan in the times and ways established, the reputation of the group increases thus contributing to better the assigned credit score and increasing the probability of obtaining future loans at better rates²².

Finally, debtors have the possibility to close the loan early without penalties by returning the funds early, through a trading platform, paying a commission of 1% in favor of an external brokerage company that manages the platform.

The other player who joined *Prosper* in the market in 2007 is *Lending Club*²³, today the world’s leading operator having funded 28 billion dollars to more than 1.5 million customers, both consumers and SMEs²⁴. *Lending Club* offers its users a very wide variety of loans, including not only personal loans and super prime loans (financed exclusively by professional investors), but also loans for SMEs and for training and personal/health care, and finally, a recent novelty, loans of up to \$50,000 for the restructuring of the leasing for the purchase of a car. Furthermore, *Lending Club* has established two important business partnerships with two web giants, *Google* and *Alibaba*²⁵.

The platform, during the assessment of the riskiness of a profile, collects, in addition to the *FICO score* (formerly) Fair, Isaac, and Company), a large amount of additional information, relating to the individual transactions held by the

²¹ A loan is considered in default after 121 days, with simultaneous communication to the consumer credit reporting company and the inability of the debtor to operate again on the platform.

Cfr. C. Serrano-Cinca, B. Gutiérrez-Nieto, L.L. Palacios, *Determinants of Default in p2p lending*, in *Journal Plus One*, 1 October 2015.

²² We note, however, that, in November 2017, the Federal Reserve Bank of Cleveland published a study of peer-to-peer lending that claimed the perceived benefits of this type of lending were overrated and that it resembled predatory lending. The study was widely discredited as using flawed methodology and within days of its posting, the Reserve Bank removed the study from its website.

²³ In virtue of excellent results, in 2014 it was listed on the New York Stock Exchange.

²⁴ Data obtained directly from the site <https://www.lendingclub.com>.

²⁵ See, N. BUHAYAR, *Lending Club Wants to Broaden its Membership*, in *Bloomberg Businessweek*, 23 April 2015.

debtor and to his/her position or work activity. These data are also extrapolated from social media and from service companies and the result obtained is a summary assessment of the debtor who is assigned an initial risk sub-class, which is then completed with data relating to the duration and amount requested by the debtor, thus determining the class and the definitive rating subclass²⁶.

Each rating class corresponds to a range of rates, which are constructed by adding to the “*Lending Club Base Rate*” a spread based on credit risk and market risk. Once the debtor has identified the conditions that best satisfy him, the platform fine-tunes the preliminary assessment of the information provided using a data provider, meanwhile investors can already view the project and book.

In *Lending Club*, as in *Prosper*, creditors take on the characteristics of investors who buy financial products, while *Web Bank* and *Cross River Bank* are the only two banks delegated to physically make money by way of mortgages.

Retail investors, unlike institutional investors, are obliged to purchase certificates and to do this they must open an account, also possibly a joint account, on the platform. The resources to be invested must instead be deposited with *Horizon Bank*, after which the investor has the right to diversify his/her portfolio, distributing the money over several projects independently or using a tool made available by the platform manager²⁷.

Neither in *Lending Club* do investors enjoy the protection of a credit risk mitigation fund but can liquidate their position through the *Note Trading Platform Folio*²⁸.

According to the *data provider AltFi.com*²⁹, which operates in the alternative finance sector, the American P2P lending platforms are receiving more and more resources from institutional investors such as local banks that see *Lending Club* as a means to offer access to their loan customers, to remain competitive with the largest national banks.

The legal environment in America is not particularly developed: there is talk of notoriously market-centric legislation and the national legislator is focusing mainly on transparency and on protecting the efficiency of the market³⁰.

Ensuring adequate consumer protection is one of the broad goals of the financial regulatory system in the United States, together with ensuring the integ-

²⁶ The range of subclasses goes from 1 to 5 and each corresponds to certain financing conditions regarding maturity, rate and fees.

²⁷ In the event that payments are delayed, investors must pay a commission of 1% if they cash the money within 15 days of expiration, from the 16th day the rate rises sharply to 18% but may increase even more.

²⁸ More, U. Filotto, *Peer-to-peer lending: mito o realtà?*, in *Bancaria Ed.*, 2016, 37 ss.

²⁹ AltFi.com provides market-leading news, opinion, insights and events for the rapidly-growing alternative finance and fintech community.

For more details, see, <http://www.altfi.com>

³⁰ On this topic, S. Lustman.

riety and fairness of markets, monitoring the safety and soundness of institutions, and acting to ensure the stability of the financial system. US regulators take steps to address information disadvantages that consumers of and investors in financial products may face, ensure that consumers and investors have sufficient information to make appropriate decisions, and oversee business conduct and sales practices to prevent fraud and abuse.

Responsibilities for helping ensure consumer financial protection and otherwise overseeing the financial services industry, including peer-to-peer lending, are shared among various federal and state regulatory agencies and numerous self-regulatory organizations. The manner in which these regulators oversee institutions, markets, or products varies depending upon, among other things, the regulatory approach Congress has fashioned for different sectors of the financial industry³¹. Thus, there is no single standard, but much support for a more uniform nationwide regulatory structure which is deemed crucial³².

Hence, companies are required to update their prospectuses, filed with the SEC, with supplements containing information about the notes and their corresponding loans as they are offered and sold.

From the fiscal point of view, the notes issued by the American platforms are treated as capital assets, like shares and bonds, due to their speculative nature³³.

They do not enjoy privileged tax treatment, so interest is taxed but, despite this, both *Prosper* and *Lending Club* offer investors the opportunity to open a tax deferred account such as the Individual Retirement Account (IRA).

3. *The Italian market: size and structure of the national platforms*

The alternative finance sector in Italy is still in an embryonic stage³⁴, compared to that of the United States.

However, it is enjoying an excellent growth rate and shows that it has ample room for improvement, given that the potential for the development of Peer to Peer lending is attributable to an economic fabric based mainly on small and micro businesses that could benefit greatly from this alternative financing channel.

³¹ Federal banking regulators subject banks to comprehensive regulation and examination to ensure safety and soundness.

³² In this sense, see www.marketplacelendingassociation.org/policy-and-issues.

³³ See, Lending Club, *Tax Guide for Retail Investors 2014*, February 2nd, 2015, 1-11.

³⁴ For more details, G.B. Donato, *Regolamentazione del peer to peer lending in Italia*, in *Riv. Dir. Banc. on line*, maggio 2015, 1-9.

Available at the <http://www.diritto bancario.it/approfondimenti/credito/regolamentazione-del-peer-peer-lending-italia>.

In Italy, the first to invest in the potential of P2P lending was *Zopa Italia*, launched in 2009 after reaching a franchise agreement with the homonymous UK platform. After a few months, however, the activity of *Zopa Italia*, which had been authorized to perform payment services, was abruptly interrupted by a provision issued by the Ministry of Finance which, through the inspection division of the Bank of Italy, had identified conditions for the violation of Article 131 TUB (Consolidated Law on Banking), governing abusive collection of savings among the public³⁵.

Three years later *Smartika* was founded³⁶, which is currently the leader in Italy. This new platform operates as a payment institution and is therefore an authorized financial operator duly registered, in accordance with Article 114-*septies* of the TUB, to provide payment services on the instruction of lenders and borrowers of loans³⁷.

Smartika is required to maintain a regulatory capital, to have a complete control system (risk, compliance, internal audit and accounting auditors) in addition to being subject to supervision by the Bank of Italy.

It can be said that *Smartika* is the first social lending company in Europe to be regulated by public authorities. It is therefore required to comply with legal obligations because not only is it subject to the supervision of the Bank of Italy, but also due to the fact that operating as a Payment Institution it must offer further protection and guarantee for its customers.

The road map that leads to the approval of a loan request initially involves the identification of the user and, secondly, the joint verification of his/her level of debt and credit history, taking advantage of the databases provided by the company partner *Experian*³⁸. Once the profiling procedure has been completed, the platform assigns the appropriate merit class and communicates the contrac-

³⁵ The company was challenged for having opened a lenders account in its name with Intesa San Paolo, in which funds for around €1 million were waiting to be disbursed to borrowers or to be returned to lenders, which could potentially have been attacked by possible future creditors of *Zopa Ltd*.

Furthermore, the TAR of Lazio, called to decide in the second instance, considered that a deposit account relationship had been established between the company and the lenders due to the numerous activities that they would have been able to carry out with the money deposited, even after the conclusion of the agreement with the applicant and therefore regardless of the payment mandate.

See, E. Macchiavello, *Una nuova frontiera del settore finanziario solidale: microfinanza e peer-to-peer lending*, in *Banca Impr. e Soc.*, 2013, 2.

³⁶ The group company Banca Sella Holding, through a capital increase, acquired a controlling stake of approximately 85% of *Smartika Spa*. Website www.smartika.it.

³⁷ Since 2018, there have been over 6,400 lenders on the *Smartika* platform and since 2008, more than 5,400 loans have been disbursed, for a total of around €30 million.

For further details, E.M. Giannetto, *P2P lending: the new times of finance*, in *Banking*, vol. 72, May 2016, 5.

³⁸ *Smartika* probes these data as it allows each accepted debtor to use a credit facility of €150 to be used in the event of illiquidity on the part of the debtor. In the first half of 2016, approval rate was 8%.

tual conditions to the debtor, proposing an interest rate that varies according to the assigned rating and the offer available³⁹.

Unlike P2P in the USA, in Italy, both lenders and borrowers utilize banking channels. Repayment installments are paid to payment accounts opened with three of the biggest Italian banks, Intesa San Paolo, UniCredit and Banca Popolare di Milano (now Banco BPM), registered in the name of the lenders and therefore not attackable by the platform's creditors; *Smartika* adopts the client segregated account operating model, as happens for all other Italian operators⁴⁰.

All funds to and from lenders must pass through a free payment account at *Smartika* before being transferred to a personal account. The lender has the freedom to choose the amount, the maximum duration of the loan and the return he/she wishes to obtain, but if the latter is not indicated, the offer is formulated for all classes of merit.

Smartika adopts an internal policy aimed at minimizing risk (lenders, in turn, can invest their capital by choosing from the various risk categories) for which the platform divides the amount invested by allocating small amounts of capital to different borrowers⁴¹.

In a specular way to *Zopa* UK, the user can decide to reinvest the repaid capital or transfer it to his/her personal account. Furthermore, through the "*Rapid Return*" function, the investor can assign his credit to other users registered in the platform, provided that there are no outstanding or late installments, paying a fixed commission of €15 and a variable one equal to 1% of the amount paid⁴².

In 2015, the platform board approved the resolution to set up a fund to protect lenders, called *Smartika Lender Protection*, which is supported through small amounts withheld on repayment installments. The fund intervenes after

³⁹ The sum is first paid into the *Smartika* payment account, after which it is transferred to the individual's bank/post office current account in 2-3 working days.

⁴⁰ The applicants must pay, in addition to the interest payable, also a fixed commission, which includes both the instructor services and the management of the money transfer, which can reach a maximum of 3% of the sum paid. The average TAEG on *Smartika* is 25% lower than the average for banks and financial institutions, reported by the Bank of Italy for usury purposes.

⁴¹ The loans are divided into 50 tranches to be allocated to as many debtors, ensuring that the individual contribution is not less than €10. The yield obviously depends on the structure of the loan portfolio, however, on average it is between 5-6%, net of commissions but before taxes.

See G.G. FEDI, *Per gli investitori ritorni più generosi rispetto ai bond*, in *Il Sole 24ore*, 11 July 2016.

⁴² The "*Rapid Return*" chargeback service is completely free if the money has not yet been committed in any way.

To be able to get back this money, it is sufficient to give a sales order and the loans, or a part of them to be chosen, will be transferred in real time and automatically to other lenders. The value of the sale is equal to the residual capital of each individual loan. Or a part of the loan offer may be used for the purchase of existing loans that other lenders sell with "*Rapid Return*" for a sudden liquidity urgency. These are loans on which some installments have already been repaid, thus already proven to be of quality.

one year from non-payment and nullifies the recovery actions, taking over the insolvent debtor in the reimbursement procedure⁴³.

Since September 2017, *Smartika* has made important changes to the way the guarantee fund intervenes, so as to give greater certainty about the time frame within which repayments take place (specifically, the fund is activated every half of the month starting from 15 September).

4. (Continued). *The Prestiamoci Spa platform*

The second platform operating in Italy is *Prestiamoci Spa*, a spin-off of Banca Sella⁴⁴ that since 2009 has been operating as a financing company since it obtained authorization from the Bank of Italy to carry out the activity of financial intermediary, in accordance with Article 106 TUB⁴⁵. It manages payment services through its subsidiary *PituPay*, authorized to carry out the activity of Payment Institution⁴⁶.

The admission criteria for applicants, which may also be natural persons with VAT numbers, are more stringent than those used by *Smartika*⁴⁷: once the required documentation has been attached to the application, *Prestiamoci* reserves 24 hours to communicate the outcome of the evaluation⁴⁸.

The *Prestiamoci* model is similar to the *Smartika* model, but with some basic differences. On the applicant's side, it differs in that it adopts the "All or nothing"

⁴³ The debt collection process on the platform starts when there are 2-3 late installments. The files are passed to companies specialized in recovery of credit, from the fourth to eighth installment not cleared; the objective is to negotiate a repayment plan so that the debtor can resume payments, even at the cost of reviewing the monthly payments and facilitating return.

After the eighth unpaid installment, if the debtor has not responded to previous requests, a letter of forfeiture of time-limit is sent and the applicant can no longer request restructuring of the debt.

Finally, after the twelfth unpaid installment has expired, there is transfer of the debt for recovery in court and it is only at this time that the coverage of the guarantee fund acts.

⁴⁴ *Prestiamoci Spa* is managed by the company *Agata Spa*. At the beginning of 2019 it planned a new capital increase of about €10-15 million (after 2 million in 2015 and 1.5 million in 2017).

⁴⁵ The article establishes a reserve of assets in favor of the financial intermediaries authorized by the Bank of Italy for loan granting activity with the public, in any form.

For more details, see F. Capriglione, *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, 362 ss.

⁴⁶ As far as the Italian market system is concerned, the data was obtained through *P2P Lending Italia* which, since April 2016, has been tracking the growth of Italian platforms.

The platforms listed on the P2P website *Lending Italia Smartika, Prestiamoci, WorkInvoice, Soidy, BorsadelCredito, YounitedCredit, Ibondisanche*, and the most recent *Cash me, YBonds* and *Credimi*.

⁴⁷ In addition to minimum income, age and current account requirements, the following are required: at least 6 months' work for employees or 24 months if a freelancer, a registry approved by CRIF and Experian, no complaints or other prejudicial typology, maximum number of new loans in the last 6 months equal to 2 and finally the monthly payment must not exceed 35% of the available gross income.

⁴⁸ This assessment carried out through internal and external models is preparatory to the formulation of an appropriate risk rating.

clause for which the loan contract is subscribed exclusively on achieving 100% of the amount, to which *Prestiamoci* also contributes with its share. In addition, the management of *Prestiamoci* invests a portion of its capital in the loans; in this way, the platform participates together with the investors in the risk of default of the loan. This suggests that upstream there may be a more careful selection phase of the applicants and if at the end of the offer period at least 50% of the coverage is reached, the debtor can accept a partial loan.

On the investor side, in *Prestiamoci* you can choose whether to use the automatic investment mode – through which the investor delegates the choice of how to allocate his/her money to loans based on an expected return (base, medium and high) to the platform – or, use the manual investment method which consists of the investor choosing the loans directly through the information that is reported in the portal, such as quotas, rate, *rating* class, purpose of the loan, duration, amount of the loan, coverage percentage and residual amount⁴⁹.

In the wake of an apparent lack of direct government regulation in the US and other countries, *Prestiamoci* has recently launched a securitization of personal loans (with a portion relating to the current portfolio and one that instead refers to loans that will be disbursed in the near future) for a value of €50 million in two years. This is a choice made primarily to support growth by also bringing institutional investors to its platform who are able to support the development of the company, thanks to their size⁵⁰.

In addition, the choice was made to overcome one of the major problems related to the operation of social lending platforms, that is the presence in the portfolio of loans that are difficult to recover if granted to unreliable parties.

As regards the offer on the corporate side, the platform that to date in Italy has provided greater credit to Italian companies is *BorsadelCredito.it*⁵¹.

The interesting aspect for companies is that the platform does not require any real guarantee, although personal guarantees may sometimes be required. Furthermore, the opening of a new current account is not required.

It should be emphasized, however, that *BorsadelCredito.it* too pays great attention to the evaluation phase of credit applications, as the successful formula for the platform is based on the timeliness of response and access to credit for

⁴⁹ Recently *Prestiamoci* has expanded the category of loans to which to grant funds, starting a collaboration with the “*Evolvere Company*”, for the financing of photovoltaic systems installed in private homes.

⁵⁰ Banca Valsabbina and other institutional shareholders in *Prestiamoci Spa* have already joined.

⁵¹ *BorsadelCredito.it* is a platform managed by a corporate group, with *Business Innovation Lab Srl* as a holding company controlling 100% of two companies: *Crenway Srl* (credit broker) and *Mo.Net Spa*, a company of the group registered in the register of payment institutions authorized by the Bank of Italy.

The maturity of the loan is generally between 1 and 5 years. The nominal average annual rate varies between 3.4% and 7.4%, to which is added a commission for the guarantee fund that goes from 0.4% to 9% depending on the risk of the applicant and finally there are preliminary costs of between 2% and 4%.

small and micro businesses and on a low risk investment with an above market average return for the investor. This evaluation process is semi-automatic since the first phase takes place automatically through a series of objective parameters, which are transmitted via the web by the entrepreneur, while a second evaluation is subsequently carried out by the platform personnel, drawing on various databases offered by the consumer credit reporting company (*Experian*), external rating agencies (*Crif* or *Cerverd*) and Social Big Data⁵². Thanks to the use of *Big Data*, the platform measures the company's positioning in the reference market, the image among the public and its reputation on the web. In the end, companies are given a score that determines the rate at which the loan will be disbursed.

To access the platform, the lender must declare and guarantee not to carry out financial and credit activities professionally towards the public and can lend any sum starting from €100, be it to a natural or legal person.

The investor can define his/her offer, indicating in which market and at what rate he is willing to lend money and has the right to request at any time, before maturity, the liquidity lent, as there is a secondary market among the lenders where those loans for which at least one installment has expired (therefore not those just contracted) are transferable and for which there has never been any delay in the payment of the installments.

Recently *BorsadelCredito.it* has opened *Colombo*, an alternative Italian investment fund that will allow to finance SMEs, buying loans in *Marketplace Lending*⁵³.

Still in Italy, Banca Prossima – a credit institution controlled by Intesa San Paolo Spa – launched the “*Terzo Valore*”⁵⁴ portal some years ago, which provides funding exclusively to *non-profit* organizations through the *PrestoBene* channel. Physical and legal person can therefore support third sector projects that aim to improve and increase the services offered to local communities, even simply donating.

In the “*Terzo Valore*” project interest comes from non-profit activities and for the financiers the tax advantages are of considerable importance: people res-

⁵² On the characteristics of this technology, see M. Van Otterlo, *A Machine Learning View on Profiling, in Privacy, Two Process and the Computational Turn: Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology*, 2013, 41-64, for which «*Machine learning is a branch of AI that seeks to develop computer systems that improve their performance automatically with experience*»; B.D. Mittelstadt et al., *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, in *Big Data & Society*, 2016, 3-20; J.M. Balkin, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *78 Ohio State Law Journal*, 2017, when he says «*Collection and processing of data produces ever more data, which in turn, is used by algorithms to improve themselves*».

Again, Joint Committee discussion paper on the *Use of Big Data by Financial Institutions*, 19 December 2016, 86 ss.

⁵³ The fund authorized by the Bank of Italy is a “closed fund” which aims to raise €100 million to invest in 5 years.

⁵⁴ Can be visited on the website www.terzovalore.com.

ident in Italy for tax purposes are subject to a withholding tax of 26%⁵⁵ and are obliged to report the interest received in the IRPEF (income tax) declaration.

Non-residents are also subject to the application of the withholding tax which, however, in this case is interpreted as a tax.

5. *Some concluding remarks*

Another extremely interesting topic for future research derives from the observation that financial technology (FinTech), despite having brought with it a phenomenon that is invading the entire financial services market at a global level, is at present strongly characterized by disparities in terms of size and development legislation between the various countries, with some critical reference to the Italian legal system⁵⁶.

Nevertheless, a number of potentialities have been highlighted that can certainly put the national legal system in condition to reach and go beyond more advanced markets since the Italian economic fabric is mainly made up of small and micro enterprises, which need to resort to debt capital mainly in the form of loans.

These enterprises, often left out of traditional bank financing, have ended up abandoning this traditional market by turning to the more profitable Peer to Peer lending platforms. Indeed, their relationship at the moment is strictly inter-

⁵⁵ The Italian budget law 2018 introduced a specific tax regime for proceeds deriving from peer to peer lending activities, providing for their qualification in terms of capital income and the application of a withholding tax of 26%.

See Law No.205 of 2017 (in particular Article 1, subsection 43 and 44).

⁵⁶ See, in particular, European Commission, Consultation document - *FinTech: A more competitive and innovative financial sector*, Brussel, 23 March 2017; Id., *Study on the role of digitalisation and innovation*, 2017; C. Van Nieuwenhuizen, Report on *FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector*, committee on Economic and Monetary Affairs, 28 April 2017; Id., *Financial Technology (FinTech): prospects and challenges for the EU*, March 2017; Id., *Discussion paper on the EBA'S approach to financial technology (FinTech)*, 4 August 2017; Comitato di Basilea, *Sound Practices: Implications of FinTech developments for bank and supervisors*, August 2017; Comunicazione della Commissione sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale dal titolo *Un mercato unico digitale per tutti*, 10 May 2017; EIOPA InsurTech Roundtable, *How technology and data are reshaping the insurance landscape*, Summary from the roundtable organised by EIOPA on 28 April 2017; ESMA, response to the Commission Consultation Paper on *FinTech: A more competitive and innovative financial sector*, 7 June 2017; FINANCIAL STABILITY BOARD (FSB), *FinTech credit: Market structure, business models and financial stability implications*, 22 May 2017.

For the doctrine in question, T. Berg, V. Burg, A. Gombović, M. PuriM., *On the rise of fintechs-credit scoring using digital footprints*, NBER Working Papers No.24551, April 2018; G. Buchak, G. Matvos, T. Piskorski, A. Seru, *FinTech, regulatory arbitrage, and the rise of shadow banks*, NBER Working Papers No.23288, March 2017; D. Blankenship, *FinTech Adoption Index 2017: the rapid emergence of FinTech*, Report 17, Ernst and Young Corporation (edited by), 2017; H. Hau, Y. Huan, H. Shan, Z. Sheng, *Fintech credit, financial inclusion and entrepreneurial growth*, 2018; R. Ferrari, *L'era del FinTech. La rivoluzione digitale dei servizi finanziari*, Franco Angeli, 2017, 85 ss.; M. Maggiore, *BlackRock, quel potere occulto che domina tutta la finanza europea*, in *il Fatto Quotidiano*, 29 May 2017; E. Malverti, D. Bulgarelli, G. Villa, *FinTech - La finanza digitale, Strategie di investimento con i roboadvisor*, 2018, 1-192.

dependent in that, for example, to subscribe securities, an investor is obliged to open a current account with the partner bank with the operator of the platform that will complete the subscription orders for the financial instruments offered through the portal.

This is a provision that often discourages small investors who, intending to invest relatively small sums, are forced to open a current account and bear the related charges⁵⁷.

As one can well guess, the role of the banks still remains crucial since without their intervention operations cannot be completed. Most of the banks involved, albeit with different intensity, have started to develop on their own platforms or to collaborate with suppliers, but the exploitation of possible synergies with FinTech companies, even within incubators or accelerators, is still limited. The predominantly in-house development of projects demonstrates the limited current synergy with FinTech companies.

In practical terms, the study conducted on the P2P platform *Lending Italia*, founded in April 2016, presented a particularly detailed picture of the Italian situation since it collected data on the Italian platforms to enhance the culture and dissemination of information on this market and favor the entry of institutional investors. Much has emerged also through the consultation of many websites of the platforms and consultation of the Loan Books, which some platforms publish spontaneously.

This has allowed us to collect enough data to be able to compare the American situation with the Italian one, which is the premise for arriving at an estimate of the potential of the national market and understanding how to overcome the gap between the number of lenders and the number of applicants that constitutes one of the main problems of the platforms.

The growth of the platforms that will probably take place over the coming years will bring many positive elements but at the same time will generate a series of critical issues. One of these concerns the risks linked to the development of the secondary market. While the “business model” seems to work also in the Italian market – both for loans to individuals and for loans to SMEs, as the examples of *Smartika*, *Prestiamoci* and *Borsa del Credito* show – on the other hand the so-called “risk of illiquidity” is particularly felt due to the lack of a secondary market. Hence the impossibility of selling off securities quickly and gaining advantages from an economic point of view, which, in effect, can be a deterrent

⁵⁷ See more appropriately, E. Bani, *Le piattaforme di peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, in *FinTech: introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari* di M.T. Paracampo (edited by), 2017, 164 ss.

Still on the subject, U. Filotto, *Peer-to-peer lending: mito o realtà?*, in *Bancaria Ed.*, 2016, 19 ss.; T. Philippon, *The FinTech Opportunity*, Working Paper No. 22476, 2016.

to investment⁵⁸. Secondly, there is also a lack of propensity towards FinTech due above all to the lack of knowledge of the alternative on-line finance tool; this lack of culture leads to significant distrust of the phenomenon which, together with a scarce diffusion of digital tools – especially tools for on-line payments – amplifies the problems in the development of FinTech. It is therefore necessary, first of all, to divulge and promote digital culture, undertaking to specify which risks and objectives can be achieved through the use of these new financial channels.

Furthermore, there is a combination of factors attributable to computer security problems, the complex integration with existing IT infrastructures, the difficulty of adapting organizational structures and consolidated operating processes which are all to be considered further and significant limitations to the potential development of new technologies.

With particular regard to computer security problems, the internet-based model, mainly used in the offer of FinTech services, accentuates the exposure of companies towards cyber and compliance risks; the massive use of data (data learning and big data) and outsourced services, more and more often “in cloud”, requires to adequately assess technological risks by ensuring the necessary controls.

Finally, it could be said that from the above analysis the US P2P market appears to be quite diffused with apparently less regulations, while the less developed, though rapidly growing Italian market, is oriented toward a more regulated framework.

Thus, to ensure adequate levels of protection for the consumer, it is necessary to market services that have already been adequately tested and controlled and to establish a regulatory framework of reference regarding the protection of both privacy and personal data, combating money laundering and financing to terrorism, to transparency and correct behavior towards customers, the use of digital tools and taxation⁵⁹.

⁵⁸ On these issues see, F. Fiordiponti, *Peer to Peer Lending*, in *FCHUB*, 11 June 2017, 3 ss.; M. Bofondi, *Il lending-based crowdfunding: opportunità e rischi*, in *Questioni di economia e finanza della Banca d'Italia*, n. 375/2017; S. Zanetti, *Peer to Peer Lending: Intermediazione Finanziaria Online*, Università Cà Foscari di Venezia, 2016.

⁵⁹ For an overview and critical evaluations of these phenomena, see *BANCA D'ITALIA*, *op. cit.*, December 2017.

L'ecosistema del mercato internazionale del P2P: contesto americano e italiano a confronto

Già da tempo diverse economie e settori, in particolare negli Stati Uniti, in Europa e nei mercati emergenti, stanno assistendo all'emergere di canali e strumenti di finanziamento alternativi, al di fuori del tradizionale sistema finanziario delle banche e dei mercati finanziari.

Negli ultimi anni il P2P Lending ha fatto registrare a livello mondiale una crescita davvero esponenziale anche grazie all'affermarsi delle piattaforme online, mentre in Italia il mercato è ancora agli albori, motivo per cui è stato creato nell'aprile del 2016 il P2P Lending Italia, un ente che svolge la funzione di raccogliere dati sulle piattaforme italiane con il fine di monitorarne la crescita ed espandere la cultura del Peer to Peer Lending.

Nella prospettiva di analizzare gli aspetti evolutivi di dette piattaforme e le tendenze giuridiche che questo fenomeno ha a livello internazionale, la presente analisi si è concentrata sul mercato americano ed italiano, con brevi riferimenti al mercato inglese, tra i più evoluti in Europa.

Tale ambito d'indagine si è basato, sia su un approccio storico rispetto alla nascita delle iniziative di P2P Lending, sia sulle caratteristiche operative che regolamentari.

The international P2P market system: the American and Italian contexts compared

For some time, many economies and industries, particularly in the US, Europe and emerging markets, have been witnessing the emergence of alternative financing channels and instruments, outside the traditional financial system of the regulated banking and capital markets.

In recent years, P2P lending has seen a truly exponential growth worldwide thanks to the rise of online platforms. In Italy, the market is still in its infancy, which is why in April 2016 P2P Lending Italia was created: a body that serves to collect data on Italian platforms to monitor its growth and promote the culture of Peer-to-Peer Lending.

With a view to analysing the evolutionary aspects of online platforms and the legal trends that this phenomenon has at an international level, this analysis focuses on the American and Italian markets.

This area of investigation was based both on a historical approach with respect to the birth of P2P lending initiatives and on operational and regulatory characteristics.

Il mercato secondario della musica online: esaurimento digitale tra Unione europea e Stati Uniti*

Riccardo Tremolada

SOMMARIO: 1. Premessa: nuovi mercati e tutela del diritto d'autore nell'era digitale. – 2. L'esaurimento: fulcro della distribuzione online di contenuti musicali. – 3. La giurisprudenza europea e statunitense. – 3.1 Il caso *ReDigi*. – 3.2 Il caso *UsedSoft*. – 4. Gli impulsi dalle corti nazionali e il quadro di riferimento delle direttive europee: la *vexata quaestio* della qualificazione della distribuzione di contenuti digitali. – 5. Quale spazio per un mercato del download? – 5.1 Evoluzioni in ambito brevettuale. – 5.2 Il difficile superamento del carattere di *lex specialis* della Direttiva Software in *Nintendo c. PC Box*. – 5.3 Le recenti pronunce giurisprudenziali. – 8. Per una difesa del principio dell'esaurimento.

1. *Premessa: nuovi mercati e tutela del diritto d'autore nell'era digitale*

I modelli commerciali volti a consentire il ri-uso di contenuti digitali sono oggetto di costante evoluzione. Negli ultimi anni, la digitalizzazione dei supporti musicali¹ ha permesso una commercializzazione diretta di tali opere sulla rete,

* L'autore desidera ringraziare il Professor Christopher T. Bavitz (Harvard Law School) per lo stimolante confronto.

¹ La digitalizzazione del settore delle comunicazioni ha prodotto una 'smaterializzazione' dei contenuti, aumentando esponenzialmente la possibilità di riprodurre e diffondere opere online senza il consenso del titolare del diritto d'autore, che si trova dunque a non essere in grado di esercitare un controllo efficace, adeguato e costante. In questo contesto, le questioni relative alla tutela della proprietà intellettuale e in particolare del diritto d'autore in Internet acquisiscono una rilevanza strategica sempre maggiore. Si veda sul punto S. Stabile, *Internet e diritto d'autore: il cyberspace e la mondializzazione delle opere*, ne *Il Diritto Industriale*, 1999, 1: «La digitalizzazione, propria del mezzo Internet, ha comportato una straordinaria trasformazione strutturale delle opere dell'ingegno create o trasportate in rete, consistente nella dematerializzazione del loro supporto e nella sostituzione dell'elemento virtuale all'elemento fisico-materiale. Alla dematerializzazione dell'opera e alla sua traduzione in «bit» si accompagna poi la «globalizzazione» degli scambi comunicazionali, stante il carattere universale delle trasmissioni attuate via Internet». Si vedano altresì, W.H. Dutton et al., *Freedom of Connection, Freedom of Expression: The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet*, Paris, 2011; N. Lucchi, *Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression*, 19(3), *Cardozo J Int'l & Comp L*, 2011, 645; M.L. Mueller, *Networks and States:*

a prescindere dall'apparecchio o dal supporto in cui esse siano incorporate. Tra le principali innovazioni nel settore dei media spicca il commercio elettronico di beni protetti dal diritto d'autore, quali ad esempio film o contenuti musicali fruiti in modalità *streaming* e *on demand* oppure acquistati tramite piattaforme on-line (a titolo esemplificativo, si pensi a iTunes, Nokia Music, AppStore e GooglePlay). Da un punto di vista economico, un mercato secondario di prodotti digitali, in particolare musicali, ha un effetto diretto sia sul mercato primario ove gli *e-marketplace* potrebbero subire un'erosione significativa delle proprie quote di mercato, sia sulla necessità di garantire un'adeguata remunerazione ai titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno oggetto delle transazioni che hanno luogo sul mercato secondario.

Al contempo, le reti di comunicazione elettronica accrescono il rischio di circolazione di opere dell'ingegno senza il consenso dei legittimi titolari². In altre parole, l'ubiquità dei contenuti dematerializzati genera il rischio di cancellare la linea di demarcazione tra la loro legittima produzione, riproduzione e diffusione e, per altro verso, la violazione dei diritti morali ed economici sottesi³.

Questa preminente minaccia è insita nelle reti di comunicazione elettronica, ove le opere dell'ingegno in formato digitale sono suscettibili di essere diffuse ad un numero illimitato di utenti fruitori e replicate un numero infinito di volte, pur senza che questo comporti una *diminutio* della qualità e del valore commerciale dello stesso. In tale ottica, un mercato, lecito, dei contenuti musicali di seconda mano sulla rete avrebbe (ed ha) come oggetto la rivendita di un bene immateriale, tutelato dal diritto d'autore, perfettamente sovrapponibile in termini qualita-

The Global Politics of Internet Governance, Cambridge and London, 2010; N.W. Netanel, *Copyright's Paradox*, Oxford and New York: Oxford University Press, 2008; J. Griffiths, *Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution* 33(4) *OJLS* 767, 2013. L'espressione «contenuto digitale» si riferisce ai «dati prodotti e forniti in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, giochi, musica, video o testi, indipendentemente dal fatto che l'accesso a tali dati avvenga tramite download, streaming, supporto materiale o tramite qualsiasi altro mezzo»; considerando 19, Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la Direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la Direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304, 64).

² M. Winkler, *Brevi note intorno alla Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, 3 *Dir. comm. internaz.*, 2001, 705; P.A.E. Frassi, *Riflessioni sul diritto d'autore. Problemi e prospettive nel mondo digitale*, in 6 *Riv. Dir. Ind.*, 2002, 370; P. Auteri et al., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, 2nd ed., Torino, 2005; L.C. Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi. Scritti*, Milano, 2003; G. Ziccardi, *Libertà del codice e della cultura*, Milano, 2006. Sul punto, per maggiori approfondimenti, si veda M. Are, *Beni immateriali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 252. Invero, l'entità immateriale assume una posizione di trascendenza, implicando la concettuale possibilità del bene stesso di circolare in un numero indefinito di esemplari realizzati anche su supporti materiali aventi forme divergenti tra loro. P. Sammarco, *Software e esaurimento del diritto*, in *Dir. Inf.*, 2012, 1033.

³ Sui beni immateriali e le loro proprie caratteristiche, cfr. *ex multis*, M. Are, *Beni immateriali* (voce), in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 252; P. Greco, *Beni immateriali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 356 ss.; G. Auletta, *Azienda, opere dell'ingegno e invenzioni industriali – Concorrenza*, in *Commentario al Codice civile, a cura di V. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1958; T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960; *contra* D. Messinetti, *Beni immateriali*, *Enc. giur.*, vol. V, Roma, 1989.

tivi al bene «nuovo» originale. La regolazione di questo mercato, ove la sua liceità dovesse essere riconosciuta⁴, deve dunque essere tesa a contemperare il diritto degli autori a ricevere un equo compenso con l'esigenza dei fruitori del contenuto musicale di poter accedere e utilizzare l'opera dell'ingegno in modo flessibile, dinamico e attraverso formati digitali anche diversi tra loro⁵.

Orbene, lo sforzo di tracciare le linee essenziali di una disciplina per tale mercato deve mirare a un bilanciamento di interessi, garantendo al contempo una protezione completa e rafforzata a fronte di istanze eterogenee quali il diritto degli autori a un'equa remunerazione⁶ e, dall'altro, il diritto degli utenti all'accesso ad Internet⁷, inteso come corollario del diritto all'informazione (*rectius*, il diritto ad

⁴ Sul punto, in particolare in ottica di evoluzione giurisprudenziale, si veda *infra*.

⁵ Si rinvia in questo senso alla nozione di «interoperabilità», cioè la predisposizione di un prodotto tecnologico a cooperare con altri prodotti senza particolari difficoltà, con affidabilità di risultato e con ottimizzazione delle risorse. L'obiettivo dell'interoperabilità è agevolare l'interazione fra applicazioni software differenti, nonché lo scambio e il riutilizzo delle informazioni anche fra sistemi informativi non omogenei. Lo «European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services» («IEF» o «Quadro europeo per l'interoperabilità») contiene al paragrafo 1.1.2. una definizione della nozione di interoperabilità: «*Interoperability means the ability of information and communication technology (ICT) systems and of the business processes they support to exchange data and to enable the sharing of information and knowledge*». Su tale punto occorre rilevare che un'eventuale normativa in materia di interoperabilità deve tendere a attuare disposizioni ispirate al principio secondo cui la messa in opera di misure tecniche non dovrebbe determinare una segmentazione dell'offerta musicale o audiovisiva in virtù dell'apparecchio con il quale si ha accesso al file. Questo tema è di rilievo in particolare alla luce del crescente utilizzo di sistemi di gestione dei diritti in ambiente digitale (DRM- Digital Rights Management), che offrono ai clienti l'acquisto di musica permettendone la fruizione, ad esempio, solo mediante l'utilizzo di un lettore fornito da un'impresa determinata, in virtù di un software proprietario. B. Perens, *The Confusion of Tongues: EIF 2.0, Standards, and Interoperability*, 2007; disponibile su <http://perens.com/works/articles/EIF2/>.

⁶ Sulle diverse ipotesi alternative approntate per garantire il miglior meccanismo di remunerazione adeguata, e sulla necessità di una regolamentazione a livello UE, si v. G. Goldberg, *Rethinking the public/virtual sphere: The problem with participation*, in *New media & society*, 2011, 13/5, 739-754; D. Gervais, *Collective management of copyright and related rights*, Milano, 2010; D.L. Zimmerman, *Copyrights as Incentives: did we just imagine that?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, 12/1, 29-58.

⁷ Autorevole dottrina ha rimarcato come il «diritto di accesso a Internet» presenta i tratti di un diritto sociale e al tempo stesso di un servizio universale, che le istituzioni nazionali sono tenute a garantire ai cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. In tal senso si è parlato di una «pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche», T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Il diritto di accesso ad internet*, a cura di M. Pietrangelo (Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia, Roma, 30 novembre 2010), Napoli, 2011, 23-43. Si v. inoltre, V. Zeno Zencovich, *Access to network as a Fundamental right, Relazione al Convegno Human rights and New Technologies*, Firenze, 15 dicembre 2008. Invero, la non sempre agevole relazione tra rete e individuo ha riacceso in seno alla dottrina italiana il dibattito sui cd. «nuovi diritti», in particolare con riferimento alla nota questione sull'interpretazione dell'art. 2 Cost., intesa ora come fattispecie schiusa all'identificazione delle nuove richieste di tutela della persona provenienti dall'evoluzione sociale (in questo senso si veda A. Barbera, *Articolo 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 50 e ss.), ora come clausola puramente riassuntiva dei diritti esplicitamente enumerati nel testo costituzionale (conformemente, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Torino, 2003, 20 e ss. Si veda inoltre, C. Caruso, *L'individuo nella rete: i diritti della persona al tempo di internet, Relazione di apertura al Seminario italo-spagnolo «Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona»*, tenutosi presso il Reale Collegio di Spagna, maggio 2012). Il riconoscimento del diritto di accesso ad Internet non è, al momento, pacifico. A livello internazionale, il recente rapporto di Frank La Rue, speciale *Rapporteur* sulla promozione e la protezione della libertà d'espressione delle Nazioni Unite del 2011, raccomanda agli Stati di valutare la promozione e

essere informati⁸) e, in ultima istanza, del principio di libertà di espressione. La disciplina *de qua* deve inoltre precipuamente garantire piena tutela alla libertà economica degli operatori del settore. Invero, il bilanciamento di questi interessi ed esigenze interdipendenti, ancorché in parte contrastanti, rappresenta oggi un tema di assoluta rilevanza all'interno del mondo della comunicazione e dell'informazione, sempre più caratterizzato dallo sviluppo delle tecnologie e dall'espansione dei mercati⁹, nonché dallo sforzo teso alla creazione di un mercato unico delle comunicazioni elettroniche in ottica di maggiore armonizzazione¹⁰.

l'estensione della rete come una priorità nell'agenda politica, in quanto strumento per vigilare sui diritti umani e per affrontare le disuguaglianze. Par. 65 e par 85 del Report. In ambito europeo, è la Direttiva UE 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti di comunicazione elettronica (cd. Direttiva servizio universale, come modificata dalla Direttiva UE 2009/136/CE), ad aver reso obbligatorio per tutti gli Stati membri la garanzia dell'accesso a Internet. È interessante rilevare come tale Direttiva, in tal senso, si ponga l'obiettivo di garantire la disponibilità in tutta l'Unione di buona qualità di accesso alla rete attraverso una concorrenza efficace, pur senza giungere al punto di stabilire che tutti i cittadini dell'Unione godono di un diritto fondamentale di accesso a Internet. P. Tanzarella, *Accesso a Internet: Verso un nuovo diritto sociale?*. Si veda inoltre A. Hopkins, *The right to be on-line: Europe's recognition of due process and proportionality requirements in cases of individual internet disconnections*, 17 Colum. J. Eur., 2011, 557 ss. Uno strumento fondamentale su cui l'Europa potrebbe far leva per riconoscere un diritto all'accesso a Internet è rappresentato dall'art. 11 della Carta dei diritti, che prevede che ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione, inclusa la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Sul tema, v. E. De Marco (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008. Si v. anche F. Badocco, *Riflessioni sul diritto d'accesso a Internet nell'ambito del diritto dell'Unione europea*, in *Informatica e diritto*, 2009, 1, 153 ss. Risulta quindi non agevole, stante l'attuale quadro normativo, addivenire a definire l'accesso ad Internet come un diritto soggettivo. Un parte della dottrina sottolinea diversamente che il «diritto» di accesso a Internet costituisce una libertà fondamentale il cui esercizio è funzionale all'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali, quali la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. e il diritto al «pieno sviluppo della persona umana» e «all'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» di cui all'art. 3 Cost. e alla libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost. In questo senso Frosini sottolinea che oggi non avere accesso a Internet significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza. V. T. E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso ad internet*, in *Il diritto di accesso ad internet*, a cura di M. Pietrangelo (Atti della tavola rotonda svolta nell'ambito dell'IGF Italia, Roma, 30 novembre 2010), Napoli, 2011, 23-43.

⁸ In tema di «diritto ad essere informati» e gli aspetti regolatori della rete, si vedano i contributi di S. Rodotà, *Una costituzione per Internet*, in *Politica del diritto*, 2010; L. Lessig, *The Internet under siege*, in *Foreign Policy*, 2001, 56-65; Id., *Introduction*, in *Free Software, Free Society. The Selected Essays of Richard M. Stallman*, Boston, 2002.

⁹ Sul diritto d'autore e gli interessi economici sottesi, si v. M. Rose, *Authors and Owners. The invention of Copyright*, Harvard, 1993; J. Seignette, *Challenges to the Creator Doctrine*, London, New York, 1994; C. Hesse, *The rise of Intellectual Property, 700 bdc to ad 2000 an idea in the balance*, Daedalus, 2002; V. M. De Sanctis, *I soggetti del diritto d'autore*, 7th ed., Milano, 2006; A. Musso, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, 2008; L. Bentley, B. Sherman, *Intellectual property Law*, 3rd ed., Oxford, 2008; M. Fabiani, *Il diritto d'autore*, in *Rescigno (Ed.), Tratt. Dir. Priv. Dir.*, Torino, 1983; J. Litman, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001. V. anche, L. Chimenti, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Milano, 2006; L. C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007. Sull'evoluzione del concetto di «copyright» nel diritto di proprietà intellettuale v. anche G. Pascuzzi, R. Caso, *I diritti sulle opere digitali: copyright statunitense e diritto d'autore italiano*, Padova, 2002; G. Jarach, *Manuale del diritto d'autore*, Milano, 1983; T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960.

¹⁰ Per un'approfondita trattazione delle caratteristiche concorrenziali e regolatorie del mercato delle comunicazioni elettroniche si rimanda a F. Marini Balestra, *Manuale di diritto europeo e nazionale delle comu-*

Questi cambiamenti devono essere valutati adottando un approccio olistico e globale nei confronti delle questioni che caratterizzano la materia del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e dei servizi media, prendendo in considerazione l'obiettivo ultimo di raggiungere uno stabile equilibrio tra innovazione tecnologica e tutela delle espressioni culturali, come la musica¹¹. È dunque di lapalissiana evidenza che quanto esposto finora trova applicazione nel mercato che il presente contributo si prefigge di analizzare.

2. *L'esaurimento: fulcro della distribuzione online di contenuti musicali*

Analizzando le modalità pratiche attraverso cui il «mercato dell'usato» online si esplica, occorre rilevare che alla luce del diritto dell'Unione europea e dell'elaborazione giurisprudenziale che verrà analizzata *infra*, un consumatore che acquista un CD, un DVD o un vinile in un negozio musicale, così come da un distributore online, può poi vendere a sua volta una copia di quella specifica opera musicale ad un terzo acquirente, senza per questo infrangere i diritti del titolare o essere tenuto a corrispondere qualsivoglia indennizzo. La liceità di questa condotta discende dal cd. principio di esaurimento o «*first sale doctrine*», in base al quale una volta che un bene viene immesso in commercio nel territorio dell'Unione europea, il titolario

nicazioni elettroniche, Cedam, Padova, 2013. L'autore sottolinea come da un lato la regolazione dei contenuti esula dal quadro normativo delle comunicazioni elettroniche (si veda in tal senso la definizione di servizio di comunicazione elettronica, art. 1 comma 1, lett. Gg), del D.Lgs. in data 1.8.2003 n. 259, recante il *Codice delle comunicazioni elettroniche*), e dall'altro, come il *driver* economico del settore non sono più soltanto le reti, perché i contenuti acquistano una sempre maggiore rilevanza. Id., 243. I tentativi di proteggere e preservare il diritto d'autore online sono stati profondamente influenzati dalla comparsa della cd. «Società dell'Informazione» che ha portato a una necessaria rimodulazione del classico concetto di diritto d'autore. Si vedano National Research Council, *The Digital Dilemma: Intellectual Property In The Information Age* 54-55 (2000); T.H. Davenport, *Information Ecology: Mastering the Information and Knowledge Environment*, New York, 1997; M. F. Brown, *Heritage Trouble: Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property*, in *Int'l J Cult Prop*, 2005, 12, 40-61; M. Castells, *Materials for an Exploratory Theory of the Network Society*, 51(1), in *BJS*, 2000.

¹¹ In generale, sulla tutela delle espressioni musicali come esempio di patrimonio culturale intangibile, si vedano S. Von Lewinski (a cura di), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, London, New York, 2004; W. Grosheide, J.J. Brinkhof (a cura di), 2002, *Intellectual Property Law: Articles on Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York; M.F. Brown, *Heritage Trouble: Recent Work on the Protection of Intangible Cultural Property*, in *Int'l J Cult Prop*, vol.12, 2005; J. Gibson, *The Grand Plan – Intellectual Property and Interpretation of Knowledge*, Community Resources, Ashgate, Burlington, VT, 73-99; J. Le Goff (a cura di), *Patrimoine et passions identitaires, Actes des Entretiens du patrimoine*, Paris, Fayard, 1997; C. Bortolotto, *Le trouble du patrimoine culturel immatériel*, in C. Bortolotto (a cura di) *Le patrimoine culturel immatériel: enjeux d'une nouvelle catégorie*, Paris, 21-43; G.M. Golinelli, *Patrimonio culturale e creazione di valore*, 2012; M. Montella, *Il capitale culturale*, 2009; F. Lenzerini, *Intangible cultural heritage: the living culture of peoples*, in *Eur J Int'l L*, vol. 22.1 (2011), 101-120; F. Francioni, *The Protection of Intangible Cultural Heritage: A New Challenge for UNESCO and International Law*, in *Symposium: The Transmission and Present State of Cultural Heritage*, 2002, 68. Sia permesso inoltre rinviare a P.D. Farah e R. Tremolada, *Diritti di proprietà intellettuale, diritti umani e patrimonio culturale immateriale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2014, 2(I), 21.

lare di uno o più diritti di proprietà industriale su quel bene specifico, pur mantenendo il diritto di opporsi ai terzi che producano copie dell'opera dell'ingegno, non dispone di un diritto di controllare e incidere sull'eventuale ed ulteriore circolazione degli esemplari legittimamente acquistati da soggetti privati. Il soggetto che acquista legittimamente un esemplare di un'opera non acquisisce anche il diritto di utilizzazione economica, ma solo il diritto di proprietà su tale esemplare e il conseguente potere di trasferirlo a terzi, senza il permesso dell'autore. In questo senso la prima vendita della copia dell'opera da parte del titolare oppure con il suo consenso, ad esempio per il tramite di un licenziatario¹², comporta l'esaurimento del diritto di controllo sugli eventuali atti successivi di distribuzione. In ambito europeo, tale principio è stato delineato prima dalle disposizioni contenute nell'art. 4, lett. c) della Direttiva 91/250/CEE e poi dall'art. 4(2) della Direttiva 2009/24/CE (Direttiva *Software*) relative alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, secondo le quali «la prima vendita della copia di un programma nella Comunità da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso». Il principio ha trovato poi l'attuale perimetrazione a seguito di una elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia¹³.

¹² Il principio dell'esaurimento dei diritti di proprietà industriale è riflesso, con riferimento alla normativa nazionale, nell'art. 5 del Codice della Proprietà Industriale Art. 5 del Codice della Proprietà Industriale (d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30): «Art. 5. Esaurimento: 1. Le facoltà esclusive attribuite dal presente codice al titolare di un diritto di proprietà industriale si esauriscono una volta che i prodotti protetti da un diritto di proprietà industriale siano stati messi in commercio dal titolare o con il suo consenso nel territorio dello Stato o nel territorio di uno Stato membro della Comunità europea o dello Spazio economico europeo. 2. Questa limitazione dei poteri del titolare tuttavia non si applica quando sussistano motivi legittimi perché il titolare stesso si opponga all'ulteriore commercializzazione dei prodotti, in particolare quando lo stato di questi è modificato o alterato dopo la loro immissione in commercio [...]». Disposizioni simili sono previste in ambito europeo per il marchio (art. 13 Reg. 207/2009/CE) e per il design (art. 21 Reg. 6/2002/CE). Per la proprietà intellettuale la normativa nazionale (Legge sul Diritto d'Autore – L. 633/1941) è variamente formulata ed è comunque più ristretta: si può peraltro ricordare la menzione del principio per il software (art. 64-*bis*) e per le banche dati (art. 64-*quinquies*). Per quel che concerne specificamente il software, il principio dell'esaurimento è espresso nella disposizione contenuta nel testo della Direttiva 91/250/CEE (art. 4, lett. c) e 2009/24/CE (art. 4, secondo comma). M. Franzosi, M. Scuffi, *Diritto industriale italiano*, Padova, 2014; A. Sirotti Gaudenzi, *Il nuovo diritto d'autore. La tutela della proprietà intellettuale nella società dell'informazione*, Vol. 7, Santarcangelo di Romagna, 2012; V. M. De Sanctis, *Il diritto di autore: del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*. Milano, 2012.

¹³ Tra le varie pronunce rese dalla CGUE in materia, si devono ricordare i casi *Silhouette* (sentenza della CGCE in data 16 luglio 1998 nella causa 355/96), *Davidoff Levi Strauss* (sentenza della CGCE in data 20 novembre 2001 nelle cause riunite 414-415-416/01) e *Google France Louis Vuitton* (sentenza della CGCE in data 23 marzo 2010 nelle cause riunite 236-237-238/08). Occorre peraltro rilevare che il 12 settembre 2018 è stata approvata la nuova direttiva europea sul diritto d'autore, che sul diritto d'autore che si basa, integrandole, sulle direttive InfoSoc e Software. Si veda Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 2016/0280 (COD).

Il principio dell'esaurimento è il riflesso nello sforzo normativo di definire un bilanciamento tra la necessità di garantire un'effettiva tutela ai titolari di diritti d'autore, tale da assicurare loro un'adeguata remunerazione (in ambito musicale, gli artisti vengono ricompensati per la loro creatività, intesa come *species* dell'innovazione) e, dall'altro lato, la promozione di un mercato interno pro-concorrenziale. Orbene, il principio di esaurimento fa sì che i diritti di privativa dei titolari del diritto d'autore non abbiano durata illimitata. Il titolare del diritto d'autore può allora rivendicare il pagamento delle *royalties* che discendono esclusivamente dalla transazione che rappresenta la prima vendita dell'opera dell'ingegno e con la quale la rendita di posizione monopolistica del titolare viene soddisfatta¹⁴. Ogni successiva commercializzazione non sarà invece soggetta al controllo del titolare e pertanto, una volta acquistato, l'acquirente originario può decidere di rivendere il CD o il DVD a un altro acquirente, dando vita ad un mercato «di seconda mano» dei contenuti musicali. Si tratta invero di una prassi consolidata che è stata applicata alla vendita delle copie fisiche di registrazioni musicali per decenni.

Il passaggio alla digitalizzazione delle opere dell'ingegno ha tuttavia fatto emergere numerose problematiche circa gli schemi di transizione e gli usi tradizionali che venivano fatti delle opere prima e dopo l'avvento della tecnologia informatica¹⁵.

Quanto detto finora è emerso chiaramente in due casi giurisprudenziali decisi sulle opposte sponde dell'Atlantico. Nel caso *ReDigi*¹⁶, una società

¹⁴ Si noti che i diritti di esclusiva non vengono riconosciuti solo per il vantaggio di chi li possiede. I monopoli sulle creazioni dell'ingegno vengono infatti concessi agli autori con l'obiettivo di incentivare la produzione di opere utili alla comunità. In tal senso, R. Stallman, *Copyright and globalization in the age of computer networks*, intervento del 19 aprile 2001 in occasione del MIT Communications Forum: «So the monopolies, according to the U.S. Constitution, do not exist for the sake of those who own them; they exist for the sake of promoting the progress of science. The monopolies are handed out to authors as a way of modifying their behavior to get them to do something that serves the public.» In tal senso, l'interesse tradizionale della teoria economica verso i regimi di protezione della proprietà intellettuale si basa sul raggiungimento di due obiettivi principali, quello del mantenimento di adeguati incentivi all'innovazione e quello della diffusione delle conoscenze per favorire il progresso scientifico e tecnologico. Sul punto si vedano C.A. Braga, C. Fink, C.P. Sepulveda, *Intellectual Property Rights and Economic Development*, *TechNet Working Paper*, Washington DC, 2000. Sulla valenza strategica dei diritti di esclusiva nei mercati delle information technologies, v. G. Ghidini, E. Arezzo, *On the Intersection of IPRs and Competition Law with regard to Information Technology Markets*, in *European Competition Law Annual 2005: The Relationship Between Competition Law and Intellectual Property Law*, C.D. Ehlerman, I. Atanasiu (a cura di), Oxford, 2006.

¹⁵ Si pensi, ad esempio, «come sia venuta meno la tradizionale e consolidata pratica del prestito del libro e del cd, posto che l'istituto del prestito presuppone che il soggetto proprietario si privi del bene per concederene temporaneamente il godimento ad un'altra persona, mentre con le opere digitali il trasferimento di un file da una parte all'altra non implica che una delle due debba rinunciare al godimento dell'opera stessa, entrambe ben potranno, infatti, fruire del contenuto digitale» D. Mula, *Caso Oracle c. UsedSoft: le conclusioni dell'Avvocato Generale*, *Diritto Mercato Tecnologia*, 2012. Sul punto si veda altresì D. Mula, E. Bonadio, *The Court of Madrid Confirms YouTube is a Hosting Provider Exempted from Copyright Liability*, in *JIPLP*, 2010, in commento alla sentenza della Corte di Madrid del 20 settembre 2010, nel caso *Telecinco v YouTube*.

¹⁶ Sentenza nella causa *Capitol Records, LLC v ReDigi Inc.*, n. 12 CIV. 95 RJS, 2013 WL 1286134. (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013).

che aveva adottato un modello di business teso a istituire un mercato online di seconda mano per la musica scaricata è stata giudicata colpevole di aver violato le disposizioni statunitensi sul copyright da parte della Court of the Southern District di New York, in esito ad un giudizio promosso da una delle maggiori case discografiche statunitensi. Diversamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea («CGUE») nella causa *UsedSoft c. Oracle*¹⁷ si è invece pronunciata a favore di una società con un modello d'impresa di rivendita di software «di seconda mano». Questa decisione è utile ai fini della disamina dell'approccio che la CGUE potrebbe eventualmente assumere *vis-à-vis* il mercato dei contenuti musicali scaricati da Internet. Entrambe le pronunce presentano punti di contatto e problematiche in parte simili, dunque verranno valutate alla luce di tali analogie e differenze, al fine di indagare le linee essenziali del processo evolutivo del mercato in oggetto, in considerazione altresì dei più recenti arresti del giudice europeo e delle corti nazionali, nonché degli sviluppi dell'industria musicale online.

3. *La giurisprudenza europea e statunitense*

I metodi di consumo dei contenuti musicali sono cambiati in modo drastico negli ultimi decenni e la digitalizzazione del supporto musicale ha messo in discussione certezze che precedentemente erano ovvietà. La stessa questione giuridica vertente sull'individuazione del proprietario di un album musicale scaricato da piattaforme quali iTunes o Amazon è controversa, tant'è che le corti statunitensi ed europee si sono già trovate impegnate a dipanare tali incertezze.

3.1. *Il caso ReDigi*

A fine 2011, la società *ReDigi* ha inaugurato un'attività di vendita di download musicali di seconda mano che basava la propria strategia commerciale sulla creazione di un mercato *ad hoc* ove i consumatori che non facevano più uso della musica precedentemente acquistata e scaricata dai negozi di musica online potessero mettere in vendita siffatti contenuti musicali, caricando i file «usati» sui server della *ReDigi* attraverso strumenti di *cloud computing* (*data storage*)¹⁸. I consu-

¹⁷ Sentenza della CGUE nella causa C-128/11, *UsedSoft GmbH v Oracle International Cmp.*, ECLI:EU:C:2012:407. Per un'accurata analisi della sentenza della Corte di Giustizia, si veda P. Sammarco, *cit.*

¹⁸ Il «*cloud computing*» è un'espressione che indica l'archiviazione, l'elaborazione e l'uso di dati su computer remoti e il relativo accesso via Internet. Si potrebbe definire questo fenomeno come un insieme di servizi, accessibili *on demand* e in modalità *self-service* tramite Internet, basati su risorse condivise, caratterizzati da una notevole flessibilità dell'infrastruttura, capace di rispondere in maniera veloce ed automatizzata a variazioni in aumento o in diminuzione, anche significative, della domanda di risorse da parte degli utenti. Questa defini-

matori-rivenditori potevano accedere ai propri file musicali fino al momento in cui questi non fossero stati venduti. A transazione avvenuta, tutte le tracce dei file musicali venivano rimosse dal sistema e trasferite sul computer dell'acquirente.

Il modello commerciale sviluppato da ReDigi è stato oggetto di una citazione in giudizio da parte di Capital Records, una casa discografica titolare di accordi per la distribuzione di file musicali attraverso internet con piattaforme commerciali elettroniche quali Amazon music e iTunes. In specie, Capital Records, paventando nel sorgere di nuovi *e-marketplace* una riduzione delle quote di mercato dei propri licenziatari, contestava davanti alla *United States District Court for the Southern District of New York* il diritto di rivendere contenuti digitali acquistati in rete, sostenendo che gli utenti non acquistano la proprietà dell'opera, bensì una semplice licenza d'uso. La casa discografica lamentava inoltre che ReDigi consentiva la realizzazione di una doppia riproduzione di copie non autorizzate dei file musicali: in prima battuta al momento dell'upload dalla memoria del computer dell'utente sul *cloud server*, ed una seconda volta quando i file venivano «trasferiti» ad un nuovo utente a seguito della transazione avvenuta sull'*e-marketplace*¹⁹.

In proposito occorre rilevare che il metodo di caricamento (l'upload) dei file sui server della ReDigi ha costituito, nel corso della controversia in oggetto, un punto particolarmente dibattuto. Capital Records lamentava infatti che il processo di caricamento della ReDigi «implicasse necessariamente una riproduzione»²⁰, nonostante ReDigi, al contrario, sostenesse che si trattava di una vera e propria «migrazione» del file originale dal computer dell'utente al server «*Cloud Locker*» messo a disposizione dalla società. Di fatto, il file musicale cessava di esistere sul computer dell'utente e migrava nel software della ReDigi, la quale tratteneva una

zione è stata elaborata dal *National Institute for Standards and Technology*. P. Mell, T. Grance: *The NIST Definition of Cloud Computing. Recommendation of the National Institute of Standards and Technology (NIST)*, U.S. Department of Commerce, January 2011. Altre definizioni interessanti sono quelle rinvenibili in L. M. Vaquero, L. Rodero-Merino, J. Caceres, M. Lindner: *A Break in the Clouds: Towards a Cloud Definition*. in *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, Vol. 39 (1), 2009; Ercim News: *Special theme: Cloud Computing*, October 2010; Sun Microsystems: *Introduction to Cloud Computing Architecture*, in *White Paper*, 1 ed. (2009); C.N. Hofer, G. Karagiannis: *Taxonomy of cloud computing services*. In *Proceedings of GLOBECOM Workshops (GC Wkshps)*, 2010 IEEE, 1345-1350; European Commission - Expert Group Report: *The Future Of Cloud Computing. Opportunities For European Cloud Computing Beyond 2010*, Burkhard Neidecker-Lutz.

¹⁹ L'industria discografica si è da subito opposta al modello commerciale sviluppato da ReDigi, arrivando a definire il «mercato usato digitale» come una nozione inventata dalla stessa ReDigi. Si veda, in particolare, un comunicato della principale collecting society statunitense (Recording Industry Association of America o RIAA): «Digital music files have been around for nearly two decades. Unlike ReDigi, no party has been brazen enough to recast them as 'used' or to peddle them in an imaginary 'secondary market' - notions ReDigi invented - because it has always been plainly understood that unauthorized digital transfers involve reproduction and distribution in violation of the Copyright Act.» La RIAA, collecting society statunitense, ha peraltro recentemente contestato, solo informalmente per il momento, il fenomeno nella sua totalità, nonché l'uso delle immagini impiegate nella copertina dei dischi, delle quali i proprietari delle singole canzoni non sono titolari, e il diritto a far ascoltare un anteprima dei brani per 30 secondi. E. Gardner, *Hot Topic: Do Consumers Have a Right to Re-Sell Copies of Movies, Songs and Books?*, *The Hollywood reporter*, 8 ottobre 2012.

²⁰ *Capital Records, LLC v ReDigi Inc.*, cit.

percentuale su ogni transazione pari al 60 per cento del prezzo pagato dall'acquirente del contenuto musicale, mentre il restante 40 per cento veniva ripartito egualmente tra il venditore e un fondo fiduciario per l'artista, garantendo in tal modo la remunerazione, seppur marginale, per l'artista a fronte di una vendita di seconda mano della propria musica²¹.

Alla luce della lettera della legge sul copyright statunitense che riconosce in capo ai titolari del diritto d'autore un diritto esclusivo di «*riprodurre il materiale protetto [...] in registrazioni stereo*»²², la Corte statunitense chiamata a pronunciarsi si è soffermata sull'accertamento della circostanza che ReDigi avesse violato il diritto di riproduzione della Capitol Records, che possedeva un certo numero di registrazioni tra quelle che la ReDigi aveva venduto sul suo sito. Il giudice statunitense ricusando l'argomento della ReDigi che negava che una riproduzione delle opere dell'ingegno avesse luogo durante il trasferimento del file dall'utente all'acquirente, rilevava che il processo di vendita della ReDigi implicava almeno la riproduzione di due copie dell'opera musicale, giacché prevedeva l'*uploading* dai computer degli utenti sul server ReDigi, una fase di memorizzazione nel server e infine il download del server dell'acquirente.

La Corte statunitense accertò pertanto la violazione del diritto esclusivo di distribuzione, di cui il paragrafo 106(3) dello U.S. Copyright Act, dal momento che il modello d'impresa della ReDigi implicava chiaramente una «*distribuzione di una registrazione audio*», come definita nel paragrafo 106(3) dell'US Copyright Act²³. È interessante rilevare come la ReDigi obiettò che il diritto di distribuzione non poteva essere violato, dacché trovavano applicazione il principio della «*first sale doctrine*» e l'eccezione per «*fair use*». L'applicazione della «*first sale doctrine*» al caso in questione non fu però accolta dalla Corte di New York, sulla base del fatto che tale dottrina trova applicazione esclusivamente rispetto al diritto di distribuzione di una copia legittimamente ottenuta, mentre, al contrario, la Corte ha ritenuto che ReDigi violasse il diritto di riproduzione e per di più distribuisse riproduzioni non autorizzate di opere.

L'argomentazione di fondo della decisione della Corte statunitense si basa sull'impossibilità di operare un trasferimento di contenuti in formato digitale che non comporti una riproduzione, restringendo quindi l'ambito di applicazione della «*first sale doctrine*»²⁴ all'esclusiva sul diritto di distribuzione, e non anche di ripro-

²¹ *Ibid.*

²² US Copyright Act, 17 U.S.C., para 106(1).

²³ Il proprietario ha il diritto di «distribuire copie di registrazioni audio dell'opera soggetta a copyright al pubblico attraverso la vendita o il trasferimento di proprietà, o attraverso l'affitto, la locazione o il prestito.» US Copyright Act 17 U.S.C., par. 106(3).

²⁴ Il principio dell'esaurimento del diritto («*first sale doctrine*» appunto) nell'ordinamento statunitense è codificato nel Copyright Act del 1976, §109, che dispone «notwithstanding the provisions section 106(3), the owner of a particular copy [...] lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is enti-

duzione. Da questa conclusione discende che il passaggio di file, avvenga esso direttamente tra utenti-fruitori attraverso modalità *peer-to-peer* o per il tramite di un trasferimento con meccanismi di *cloud computing*, comporta sempre una riproduzione che richiede necessariamente un'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti.

Con riguardo invece all'argomentazione di ReDigi fondata sul principio del *fair use*, occorre rilevare in via preliminare che, a livello europeo, tale nozione non ha ancora ricevuto armonizzazione da parte del diritto dell'Unione, mentre essa è invocata nel diritto statunitense in materia di proprietà intellettuale al fine di limitare l'uso di materiali protetti dal copyright. Negli Stati Uniti tale dottrina è codificata nel paragrafo 107 del U.S. Copyright Act e individua quattro fattori validi a determinare se l'uso di un materiale protetto può essere giudicato corretto o meno²⁵. Ad ogni modo, tale argomento è stato parimenti rigettato dalla Corte, che ha ritenuto che gli atti di riproduzione e trasferimento dei file musicali non possono considerarsi atti privi di significato economico compiuti tra privati per scopi personali.

In conclusione, il giudice statunitense ha riconosciuto in capo a ReDigi una violazione del diritto d'autore da parte di Capitol Records, vietando quindi la vendita e il trasferimento dei contenuti musicali acquistati attraverso il download.

3.2. Il caso UsedSoft

Volgendo ora l'attenzione all'altro lato dell'Atlantico, è interessante rilevare come la CGUE nella sentenza nella causa *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp* (C-128/11) resa in data 3 luglio 2012, si sia invece pronunciata a favore di

ted, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy». Si veda la copiosa giurisprudenza sulla *first sale doctrine*, in particolare il primo caso analizzato dalla Corte Suprema *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339, 28 S. Ct 722, 52 L. Ed. 1086 (1908). Negli Stati Uniti dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che la dottrina del *first sale* potesse essere estesa anche alle opere digitali. Si rilevi tuttavia che nel recente caso *Vernor vs. Autodesk* (United State of Court of Appeals for the Ninth Circuit, caso *Vernor v. Autodesk*, 10 settembre 2010), la giurisprudenza ha operato una distinzione tra diritto di proprietà sull'opera dell'ingegno, che legittima il titolare a cedere a terzi il file dell'opera e licenza d'uso, tipicamente utilizzata per i software, che, invece, non sarebbe titolo che legittimerebbe il soggetto licenziato a rivendere la licenza, per uno schema analogo al divieto di sublocazione, salva diversa previsione contrattuale. Su questo tema, si rinvia a R.W. Gomulkiewicz, *Enforcement of Open Source Software Licenses: The MDY Trio's Inconvenient Complications*, in *Yale JL & Tech*, 2011, 118 e ss. Si veda inoltre R.W. Gomulkiewicz, *The License Is the Product: Comments on the Promise of Article 2B for Software and Information Licensing*, in *Berkeley Tech LJ*, 1998, 891 ss.; A. Layne-Farrar, *An Economic Defense of Flexibility in IPR Licensing: Contracting Around «First Sale» in Multilevel Production Settings*, in *Santa Clara L Rev*, 2011, 1149 ss.; R.T. Nimmer, *Copyright First Sale and the Over-Riding Role of Contract*, in *Santa Clara L Rev*, 2011, 1311 ss. Si veda altresì, R.A. Reese, *The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks*, in *University of Texas Law, Public Law Research Paper*, 2003, 4.

²⁵ In specie: «(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work». US Copyright Act, 17 U.S.C., par.107.

una società con un modello d'impresa di rivendita di software «di seconda mano» in parte simile a quello attuato dalla ReDigi²⁶. In particolare, tale pronuncia svolge un'attenta disamina sull'interpretazione degli articoli 4(2) e 5(1) della Direttiva Software e, segnatamente, sull'esistenza o meno dell'esaurimento del diritto di distribuzione, qualora il titolare del diritto d'autore abbia autorizzato il download del software via internet ed abbia conferito nel contempo il diritto di utilizzare la copia senza limitazione di durata.

Sino alla sentenza *de qua*, il principio dell'esaurimento all'interno dell'Unione aveva trovato applicazione esclusivamente nei confronti delle opere incorporate in un supporto tangibile. Il giudice del Lussemburgo, nella pronuncia *UsedSoft* ha invece esteso tale principio anche alla commercializzazione dell'opera online, cioè attraverso un download del software dal sito Internet del soggetto titolare. Il giudice europeo ha infatti statuito che il titolare del diritto d'autore di un software non può impedire ad un licenziatario che lo abbia scaricato da internet di trasferire a sua volta a terzi l'opera, senza necessità di autorizzazione da parte del titolare originario dei diritti.

La pronuncia è intervenuta all'esito di un rinvio pregiudiziale proposto dal Bundesgerichtshof (BGH, la Corte di giustizia federale tedesca) nelle more di un contenzioso relativo alla commercializzazione, da parte della società *UsedSoft*, di licenze utilizzate per programmi per elaboratore sviluppati e distribuiti da Oracle.

Quest'ultima, una società di sviluppo e commercializzazione di software per computer, la maggior parte dei quali è scaricato dai suoi clienti da internet, aveva citato in giudizio la società *Usedsoft*, con l'accusa di violazione del copyright sui software di Oracle. La *UsedSoft* svolge la propria attività nel settore della commercializzazione di licenze usate per programmi per elaboratore, e, in specie, di licenze di utilizzazione dei programmi della Oracle, acquisite presso i clienti di questa²⁷.

²⁶ Sul caso *UsedSoft*, si vedano L. Determann e B. Batchelor, *Used Software Sales and Copyright Exhaustion* (2012) in *Electronic Commerce & Law Report*, 17, 2149; R.M. Hilty, K. Köklü e F. Hafenbrädl, *Software Agreements: Stocktaking and Outlook – Lessons from the UsedSoft v. Oracle Case from a Comparative Law Perspective*, in *Int. Rev. Intellect. Prop. Compet. Law*, 2013, 44, 263-292; E. Linklater, *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike?*, in *JIPITEC*, 2014, 5, 12-22; L. Longdin e P.H. Lim, *Inexhaustible Distribution Rights for Copyright Owners*, in *Int. Rev. Intellect. Prop. Compet. Law*, 44 (5), 2013, 541-568; C. Stothers, *When is Copyright Exhausted by a Software Licence? UsedSoft v Oracle* in *EIPR*, 34 (11), 2012, 787-791. Per un commento in tedesco, si vedano T. Hoeren e M. Försterling, *Onlinevertrieb «gebrauchter» Software: Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung «UsedSoft» in MultiMedia und Recht*, 2012, 642-647; M. Senfleben, *Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, 2924-2927.

²⁷ La locuzione «licenza» è qui impiegata per indicare le figure contrattuali aventi ad oggetto il trasferimento al fruitore della facoltà di utilizzare il bene; come rilevato da V. Mangini, *La licenza di brevetto*, Padova, 1970, 90, questa accezione – mutuata dal diritto anglosassone – si discosta nettamente dal significato che il termine licenza ha nell'ordinamento giuridico italiano, ove indica una fattispecie contrattuale avente ad oggetto la facoltà di sfruttare economicamente la privativa industriale.

Il modello di business sviluppato da Usedsoft opera in due circostanze. Anzitutto il licenziatario Oracle potrebbe non avere più interesse all'utilizzo del software e potrebbe invece preferire monetizzare il valore residuo derivante dalla licenza permanente concessa da Oracle. In questo caso UsedSoft «acquista» la licenza e la rivende a un terzo il quale scarica il programma per elaboratore dal sito di Oracle e il licenziatario cancella il software dal proprio server e dalle proprie stazioni di lavoro. Un'altra ipotesi vede il licenziatario Oracle che ha acquistato una licenza per un numero di stazioni di lavoro maggiore di quello di cui ha bisogno. In tal caso UsedSoft «acquista» la quota di licenza non utilizzata dal licenziatario Oracle e la rivende a terzi i quali scaricano il software dal sito di Oracle che continua a essere usato contemporaneamente dal licenziatario, limitatamente al numero di stazioni di lavoro ancora a sua disposizione, e dal terzo acquirente, limitatamente al numero di stazioni di lavoro acquistate in licenza²⁸.

Per far valere le sue ragioni, Oracle agì in giudizio contro UsedSoft per richiedere la cessazione della commercializzazione delle licenze usate. A seguito di due pronunce favorevoli alle posizioni di Oracle, Usedsoft presentò ricorso per cassazione innanzi al BGH, che decise di sospendere la causa e rinviare pregiudizialmente la questione alla CGUE *ex art. 267 TFUE*, essendo dubbio se l'esaurimento del diritto di distribuzione delineato art. 4 della Direttiva software fosse da interpretarsi come applicabile anche alle ipotesi di software legittimamente ottenuti tramite download da un sito web²⁹.

La decisione della Corte si fece spazio tra un *corpus* robusto di giurisprudenza europea e nazionale che negava la legittimità della vendita di seconda mano dei programmi per elaboratori³⁰, alla luce della Direttiva software³¹. Orbene, nel caso in esame la Corte ha stabilito che, affinché il diritto di distribuzione del titolare di diritto d'autore possa considerarsi «esaurito» ai sensi dell'articolo 4(2) nei

²⁸ Per una puntuale descrizione di tale modello di business, si veda G. Campus, *Apple, Amazon, ReDigi: la rivendita di contenuti digitali on line tra diritto brevettuale e diritto d'autore*, disponibile su www.media-laws.eu.

²⁹ Direttiva 2009/24/EC del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. L'art. 4 della Direttiva Software sancisce che il titolare ha diritto esclusivo di effettuare o autorizzare: (a) la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale di un programma per elaboratore con qualsivoglia mezzo, in qualsivoglia forma; (b) la traduzione, l'adattamento, l'adeguamento e ogni altra modifica di un programma; (c) qualsiasi forma di distribuzione al pubblico. La prima vendita della copia di un programma nell'Unione da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il diritto di distribuzione della copia all'interno dell'Unione, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso. L'art. 5(1) specifica che salvo disposizioni contrattuali specifiche, non sono soggetti all'autorizzazione del titolare del diritto gli atti indicati nell'articolo 4, paragrafo 1, lettere a) e b), allorché tali atti sono necessari per un uso del programma per elaboratore conforme alla sua destinazione, da parte del legittimo acquirente, nonché per la correzione di errori.

³⁰ A. Nicholson, *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, Vol. 10 (3), 2013, Scripted, 20.

³¹ B. Batchelor, D. Keohane, *UsedSoft-where to now for software vendors?*, in *ECLR*, Vol. 33(12), 2012, 545-546.

confronti di una copia del software – in modo che egli non possa più opporsi alla rivendita della copia – la transazione tra costui e il suo cliente deve potersi qualificare come «vendita di una copia» *stricto sensu* del programma. Secondo il ragionamento del giudice europeo, laddove un utente scarichi una copia del software di Oracle e stipuli un accordo di licenza in base al quale riceve il diritto di utilizzare tale copia per un periodo illimitato in cambio di un pagamento unico, una simile operazione ricalca lo schema tipico di una «compravendita» ai fini dell'articolo 4(2) e comporta pertanto un trasferimento del diritto di proprietà in tale copia. Tale interpretazione estensiva dell'articolo 4(2) è essenziale, poiché altrimenti basterebbe che il fornitore del programma per elaboratore, nel cedere il diritto di utilizzazione di una copia del software per una durata illimitata e a fronte del pagamento di un prezzo, qualificasse il contratto come «licenza» per ottenere il risultato di aggirare la regola dell'esaurimento³². In proposito, le case produttrici di programmi per elaboratore notoriamente rubricano come «licenza», e non già come «vendita», i contratti con cui concedono a terzi i diritti sul software realizzato. Appare evidente come siffatta strategia sia strumentale al tentativo di neutralizzare gli effetti propri del principio di esaurimento e così circoscrivere le modalità di utilizzazione dei programmi³³. L'interprete dovrà dunque andare oltre il dato formale del *nomen iuris* attribuito al negozio avente ad oggetto il programma per elaboratore, e assodare nel caso concreto la concreta funzione economica perseguita dai contraenti³⁴. In altre parole, dopo la «prima vendita» (*first sale*) ai sensi dell'art. 4(2) della Direttiva *Software*, l'acquirente

³² *UsedSoft c. Oracle*, punto 49. Si veda inoltre R. Ristuccia, V. Zeno-Zencovich, *Il software nella dottrina, nella giurisprudenza e nel D.Lgs. 518/1992*, Padova, 1993, 42 e ss; V. Zeno-Zencovich, *L'apprendista stregone: il legislatore comunitario e la proposta di Direttiva sui programmi per elaboratore*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1990, 77.

³³ Autorevole dottrina ha sostenuto che le case produttrici di programmi per elaboratore qualificano i loro contratti come licenze d'uso cosicché risulti chiaro che il trasferimento all'utilizzatore non può essere considerato abdicativo della proprietà sull'esemplare: cautela, questa, irrobustita dalla previsione di restrizioni alle facoltà dell'utilizzatore, in primo luogo quella di distribuire a terzi l'esemplare acquisito. A. Genovese, *Software e rifiuto di vendita di esemplari*, in *AIDA*, 2004, 347. In proposito, si rileva altresì che in queste fattispecie negoziali vi sono numerosi indizi che rendono plateale la riconducibilità della cessione della copia del software a tempo indeterminato (attraverso una licenza d'uso), alla figura tipica della compravendita. Risulta infatti palese l'interesse della casa produttrice di software, se non proprio quello dell'elusione del principio dell'esaurimento, perlomeno al mantenimento del titolo della proprietà sugli esemplari del software. Essa infatti distribuisce i software attraverso canali commerciali quali Internet o le grandi catene di distribuzione, sui quali non è in grado di esercitare un effettivo controllo né sulle vendite né sull'utilizzo degli esemplari venduti ai licenziatari i quali ne hanno la piena disponibilità, pur senza per questo arrecare una diminuito in capo alla casa produttrice o agli altri utilizzatori del programma per elaboratore. Peraltro, le clausole contrattuali delle licenze di software non contengono mai una previsione di obbligo di restituzione del programma, né la casa produttrice avrebbe un effettivo e concreto interesse ad ottenere nuovamente la disponibilità del software, che sarebbe comunque altamente irrealizzabile stante l'anonimato degli utilizzatori. P. Sammarco, cit.

³⁴ Così, V. Meli, *Le clausole di appartenenza del software alla software house*, in *AIDA*, 2004, 345.

può rivendere o prestare il prodotto legittimamente acquistato senza necessità di ulteriori autorizzazioni.

4. *Gli impulsi dalle corti nazionali e il quadro di riferimento delle direttive europee: la vexata quaestio della qualificazione della distribuzione di contenuti digitali*

I casi giurisprudenziali esaminati vertono entrambi sul medesimo *punctum dolens*: se il diritto d'autore, all'era di Internet, debba applicarsi nello stesso modo sia ai contenuti fisici (o tangibile) sia a quelli online (e pertanto, intangibili). La risposta a tale questione non è univoca e anche a seguito del caso UsedSoft continua a permanere un alto grado di incertezza in relazione ai contenuti musicali scaricati dalla rete. Esistono, tuttavia, alcuni elementi nella giurisprudenza sia europea sia nazionale che potrebbero aiutare a comprendere se la Corte di giustizia, dovendo decidere un caso analogo a quello presentatosi in ReDigi, e dunque concernente contenuti musicali e non già software, sarebbe disposta ad applicare lo stesso ragionamento adottato nel caso UsedSoft.

Invero, nel caso Usedsoft la CGUE ha affermato che, nel limite del rispetto del principio di esaurimento, «il titolare dei diritti in questione non può opporsi alla rivendita di tale copia»³⁵. Ciò potrebbe essere considerato come indicativo del fatto che qualora la CGUE dovesse pronunciarsi su una causa vertente su un modello commerciale uguale o simile a quello ReDigi, il giudice del Lussemburgo sarebbe probabilmente incline a valutare con maggiore attenzione le argomentazioni e il merito dei diritti degli utenti rispetto alle istanze dei titolari del diritto

³⁵ In particolare la CGUE ha statuito: «Atteso che il titolare del diritto d'autore non può opporsi alla rivendita di una copia di un programma per elaboratore per la quale il diritto di distribuzione del titolare stesso sia esaurito, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, si deve ritenere che il secondo acquirente di tale copia, al pari di ogni successivo acquirente, costituisca un «legittimo acquirente» della copia stessa, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2009/24. Pertanto, in caso di rivendita della copia del programma per elaboratore da parte del suo primo acquirente, il nuovo acquirente potrà procedere, conformemente all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2009/24, al download sul proprio elaboratore della copia vendutagli dal primo acquirente. Un siffatto download deve essere considerato come la necessaria riproduzione del programma per elaboratore, la quale deve consentire al nuovo acquirente di utilizzare il programma stesso in modo conforme alla sua destinazione. L'argomento della Oracle, dell'Irlanda nonché dei governi francese ed italiano secondo cui la nozione di «legittimo acquirente», di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2009/24, si riferirebbe unicamente all'acquirente autorizzato, in base ad un contratto di licenza concluso direttamente con il titolare del diritto d'autore, ad utilizzare il programma per elaboratore non può essere accolto. Infatti, tale argomento produrrebbe l'effetto di consentire al titolare del diritto d'autore di impedire l'utilizzazione effettiva di qualsiasi copia usata nei confronti della quale il suo diritto di distribuzione si è esaurito, a termini dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24, facendo valere il suo diritto esclusivo di riproduzione sancito dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva medesima, privando in tal modo di effetto utile l'esaurimento del diritto di distribuzione previsto dal paragrafo 2 dello stesso articolo 4» (punti 80-83).

d'autore in relazione alla creazione di un mercato secondario per la musica digitale. Al contempo, il carattere innovativo della pronuncia è di difficile apprezzamento, in quanto la Corte potrebbe preferire adottare un atteggiamento cauto e limitare la portata della propria decisione solamente alle opere protette da copyright che rientrano nell'ambito applicativo della Direttiva Software.

A livello di Stati membri, la questione è stata recentemente oggetto di pronuncia da parte di un tribunale regionale tedesco (Landgericht Bielefeld, «LG Bielefeld»)³⁶ che ha dovuto decidere in relazione alla rivendita di *e-books* e *audio-books*. Seppur la controversia concerneva contenuti letterari e non già musicali, e non sia stata oggetto di cognizione innanzi alla CGUE, la soluzione elaborata dal giudice tedesco potrebbe, *mutatis mutandis*, ritenersi applicabile a scenari simili a quello del caso ReDigi.

Nel caso di specie, i consumatori ricorrenti lamentavano che, sebbene gli esemplari cartacei e gli *e-books* venissero venduti sul medesimo sito web della società, le condizioni di vendita erano tuttavia difformi. In particolare essi eccepivano che il collocamento dei prodotti fosse fuorviante daché le clausole contrattuali dirette a regolare le condizioni di vendita delle copie digitali delle opere letterarie utilizzavano lo stesso linguaggio delle clausole applicabili alle copie cartacee. I consumatori richiedevano dunque al LG Bielefeld che la dottrina dell'esaurimento venisse applicata anche in materia di contenuti digitali. Il tribunale tedesco, respingendo le richieste dei consumatori, ha offerto alcune nuove argomentazioni a sostegno dell'opinione del giudice statunitense nel caso ReDigi, riprendendo l'argomentazione in base a cui la dottrina dell'esaurimento non possa applicarsi *aequaliter* a beni «tangibili» e «intangibili». In specie, il giudice tedesco ha evidenziato che un prezzo minore da pagare per le opere digitali si tradurrebbe implicitamente in una riduzione dell'ambito di applicazione dei diritti d'autore sulle vendite successive³⁷.

La corte tedesca nella sua pronuncia ha inteso necessariamente la sentenza *Usedsoft* come *lex specialis*, rifiutandosi di ampliare l'ambito di applicazione della sentenza al fine di includervi i contenuti coperti da diritto d'autore diversi dai software. D'altronde, una soluzione diversa sarebbe stata difficilmente condivisibile dal momento che nel caso *Usedsoft* la Corte europea ha basato la propria decisione sulle disposizioni della Direttiva software, che non trova applicazione nei confronti degli *e-books* (né rispetto al download di contenuti musicali).

Orbene, ulteriori punti di difficoltà nella ricostruzione della disciplina giuridica emergono, in base ai quali non sembra che i principi elaborati in *Usedsoft*

³⁶ Landgericht Bielefeld, Urt. v. 05.03.2013, Az. 4 0 191/11.

³⁷ Sul punto, si vedano A. Wiebe, *The Economic Perspective: Exhaustion In the Digital Age*, in: L. Bently, U. Suthersanen, P. Torremans (a cura di), *Three Hundred Years Since the Statute of Anne, From 1709 to Cyberspace*, 2010, Cheltenham (UK), Capitolo 24, 321-324.

siano servibili a fini di interpretazione della legittimità del modello di business di ReDigi. Resta infatti sempre da analizzare la liceità della condotta di operatori che tentino di attuare sistemi e metodi per tale rivendita.

In quest'ottica il tema si lega a quello della distribuzione online di contenuti digitali secondo la disciplina di diritto d'autore. Infatti, si deve rilevare che l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale europeo non offre utili elementi per operare, o per lo meno, orientare, uno scrutinio di legittimità del modello commerciale adottato dagli operatori di rivendita online di contenuti digitali musicali «di seconda mano». In particolare, appare incerto l'inquadramento della distribuzione di contenuti digitali online tra gli atti di «comunicazione al pubblico» o tra quelli di «distribuzione di copie digitali». In proposito, da un lato la Direttiva Software, soggetta al principio dell'esaurimento, prevede all'art. 4 esclusivamente la fattispecie della «distribuzione al pubblico», per la quale è prevista l'applicazione con la prima vendita ed alla quale deve essere ricondotto il concetto di distribuzione mediante download di software. Dall'altro lato, però tale Direttiva non contempla le nozioni di «comunicazione al pubblico», a differenza della Direttiva 2001/29/CE (cd. Direttiva InfoSoc³⁸), rispetto alla quale costituisce però *lex specialis*, e quindi se oggetto di distribuzione non è un software ma un contenuto digitale di diversa natura, quale un brano musicale e dunque rientrante nell'ambito di applicazione della Direttiva InfoSoc, il problema di qualificazione dell'atto come «comunicazione al pubblico/messa a disposizione del pubblico» o come «distribuzione» riaffiorerebbe³⁹.

Ciononostante occorre rilevare altresì che la CGUE ha altresì affermato che entrambe le Direttive, InfoSoc e Software «*devono avere in linea di principio lo stesso significato*»⁴⁰ e pertanto la decisione della Corte di applicare la dottrina di esaurimento ai trasferimenti di software intangibili fa sì che la ricostruzione secondo cui la CGUE intendesse restringere tale principio solo alla Direttiva Software potrebbe essere incorretta. In tal caso, sebbene UsedSoft abbia lascia-

³⁸ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. GU n. L 167 del 22/06/2001.

³⁹ Quest'incertezza tassonomica si ritrova anche a livello di disciplina domestica di diritto d'autore. In base alle disposizioni normative nazionali è infatti controverso se la distribuzione online tramite download di opere tutelate dal diritto d'autore sia sussumibile nella categoria della «messa a disposizione del pubblico» dell'opera ai sensi dell'art. 16 L.d.A. oppure nell'alveo della «distribuzione dell'opera» come delineata dall'art. 17 L.d.A. La conseguenza più manifesta della riconduzione della fattispecie *de qua* nell'una o nell'altra disposizione consta nella circostanza che mentre l'art. 16 al comma 2 non dispone l'applicabilità agli atti di «messa a disposizione del pubblico» del principio dell'esaurimento, l'art. 17 invece, contempla l'esaurimento per gli atti di distribuzione di copie di opere protette, a condizione che si tratti di prima vendita o di primo atto di distribuzione effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.

⁴⁰ Richiamando peraltro la sentenza del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, C403/08 e C429/08, Racc. pag. I9083, punti 187 e 188.

to incerto lo *status* dei trasferimenti di musica digitale ai sensi della Direttiva InfoSoc, il giudice del Lussemburgo ha esplicitamente menzionato tra i motivi di applicazione del principio d'esaurimento la volontà di applicarli nello stesso modo sia ai trasferimenti di software sia ad altri contenuti digitali protetti dal copyright⁴¹. La dottrina ha rilevato che sia le copie tangibili che quelle intangibili sono infatti equivalenti dal punto di vista funzionale e al fine di tutelare l'esaurimento garantendo al contempo ai titolari dei diritti lo stesso tipo di remunerazione appropriata per i trasferimenti del tipo considerati in *UsedSoft*, tali trasferimenti devono essere considerati come vendite e non come prestazione di servizi online⁴². Questo sembra infatti l'unico modo adatto a garantire che l'applicazione del principio di esaurimento assicuri il corretto funzionamento del mercato interno⁴³. La Corte, ove venisse chiamata a pronunciarsi su un futuro caso basato su fatti analoghi a quelli della giurisprudenza *ReDigi* e che comporti, per esempio, la vendita di seconda mano di download musicali, dovrebbe tenere in conto tali considerazioni alla luce delle somiglianze tra i due casi.

5. *Quale spazio per un mercato del download?*

Nell'eventualità che la CGUE decidesse di restare nel solco della giurisprudenza *UsedSoft*, allargando ulteriormente l'applicazione della dottrina dell'esaurimento così da ricomprendere la vendita di contenuti musicali digitali «usati», occorre chiedersi quale impatto avrebbe la creazione di un mercato secondario sulla possibilità di una remunerazione effettiva per i titolari dei diritti d'autore. Il giudice europeo dovrebbe riuscire a trovare il giusto equilibrio tra questa istanza e la garanzia per gli utenti della libertà di trasferire la musica che hanno acquistato legalmente.

L'esigenza di addivenire ad una definizione della disciplina regolatoria applicabile a tali fenomeni si impone con urgenza dal momento che il mercato musicale online ha assistito ad una conversione massiva dei consumatori all'utilizzo di operatori online basati su servizi di *cloud computing*, attraverso piattaforme quali Spotify e Deezer, le quali hanno assorbito molti dei consumatori di Apple e Amazon. Tali servizi si basano sul pagamento di un abbonamento online da parte dell'utente, in cambio di un accesso illimitato al catalogo musicale di tali *provider*. In questo senso, i consumatori non possono essere considerati come se avessero completato una «vendita» ai sensi della definizione fornita dalla CGUE

⁴¹ A. Nicholson, *Old Habits Die Hard?: UsedSoft v Oracle*, (2013) Vol. 10(3), Scripted, 403

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

in UsedSoft, dal momento che l'accordo tra queste società e i loro consumatori si basa sul pagamento di un canone mensile e non su pagamenti unici (che, *a contrario*, erano alla base delle vendite di Oracle). Per altro verso, tuttavia, si rileva come l'accesso remoto illimitato, per esempio tramite un contratto che permette un accesso permanente al contenuto musicale contenuto nel sistema *cloud*, possa essere equiparato a una vendita, in quanto la localizzazione della copia musicale può diventare irrilevante, nello stesso modo in cui lo diventa la natura tangibile della copia⁴⁴, poiché di fatto è nella permanente disponibilità dell'utente. In altre parole, nell'era del *cloud computing* e dell'accesso ciò che rileva non è il possesso, bensì l'accesso ai contenuti⁴⁵.

5.1. Evoluzioni in ambito brevettuale

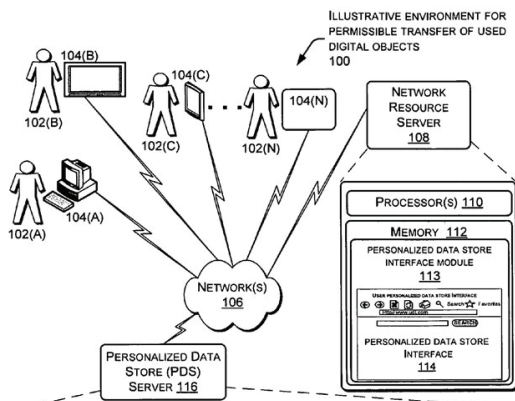
La questione si pone con maggiore urgenza se si valutano i recenti sviluppi dell'industria musicale online. Apple e Amazon hanno infatti sviluppato tecnologie che permettono ai consumatori di accedere a mercati di scambio o rivendita di contenuti digitali, peraltro depositando domanda di brevetto presso lo U.S. Patent & Trademark Office. La domanda di Amazon è stata accolta e nel gennaio 2013 siffatto brevetto è stato concesso, avente come oggetto un «*Secondary market for digital objects*» che permette di creare una «borsa» dei beni digitali. In altre parole, questa tecnologia farebbe in modo che l'opera letteraria, musicale o videografica acquistata sia conservata in un «magazzino o *locker* di dati» personale del cliente⁴⁶. Se questi la vuole vendere o dare ad altri dovrà farlo attraverso la piatta-

⁴⁴ Id., 407.

⁴⁵ Sul punto cfr. le osservazioni svolte a margine dei provvedimenti qui commentati in Guido Scorza, *Niente musica digitale al mercato delle pulci (per ora!)*, disponibile all'indirizzo <http://www.guidoscorza.it/?p=3918>. Sul diritto dell'era digitale e le sue peculiari caratteristiche si vedano inoltre V. G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, II ed., Bologna, 2006; M. Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Vol. 353, 2012.

⁴⁶ US Patent & Trademark Office, brevetto n. 8, 364, 595, 29 gennaio 2013. L'*abstract* del brevetto recita: «An electronic marketplace for used digital objects is disclosed. Digital objects including e-books, audio, video, computer applications, etc., purchased from an original vendor by a user are stored in a user's personalized data store. Content in a personalized data store may be accessible to the user via transfer such as moving, streaming, or download. When the user no longer desires to retain the right to access the now-used digital content, the user may move the used digital content to another user's personalized data store when permissible and the used digital content is deleted from the originating user's personalized data store. When a digital object exceeds a threshold number of moves or downloads, the ability to move may be deemed impermissible and suspended or terminated. Additionally or alternatively, a collection of objects may be assembled from individual digital objects stored in the personalized data stores of different users, and moved to a user's personalized data store.» Per un'illustrazione dei timori che la concessione del brevetto in questione ad Amazon ha sollevato da parte dell'industria editoriale e dei media, si veda D. Streitfield, *Imagining a Swap Meet for E-Books and Music*, *The New York Times*, 7 marzo 2013. La domanda di brevetto depositata invece da Apple concerne: «Techniques are provided for managing access to a digital content item (such as an ebook, music, movie, soft-

forma di *e-marketplace* di Amazon.com. A quel punto il sistema di *locker* cancella automaticamente il contenuto dal magazzino del primo soggetto e lo trasferisce in quello del nuovo utente⁴⁷.



Schema allegato alla domanda di brevetto depositata da Amazon: «*Secondary market for digital objects*»⁴⁸

In questa direzione sembra volgere anche il nuovo modello proposto già nel 2014 da ReDigi: «ReDigi 2.0». Esso permette di operare una transazione su piattaforma *cloud* che trasferisce istantaneamente l'opera originale da un utente all'altro, senza realizzare copia alcuna del contenuto musicale⁴⁹. Il carattere innovativo consta nella natura istantanea del trasferimento, che permette di

ware application) to be transferred from one user to another. The transferor is prevented from accessing the digital content item after the transfer occurs. The entity that sold the digital content item to the transferor enforces the access rights to the digital content item by storing data that establishes which user currently has access to the digital content item. After the change in access rights, only the transferee is allowed access to the digital content item. As part of the change in access rights, the transferee may pay to obtain access to the digital content item. A portion of the proceeds of the «resale» may be paid to the creator or publisher of the digital content item and/or the entity that originally sold the digital content item to the original owner». United States Patent Application No. 20130060616.

⁴⁷ «[...] When the user no longer desires to retain the right to access the now-used digital content, the user may move the used digital content to another user's personalized data store [...] and the used digital content is deleted from the originating user's personalized data store.» ReDigi ha commentato enfaticamente la concessione del brevetto ad Amazon («the Amazon patent is further proof that the secondary market is the future of the digital space and that there is no turning back»). Si veda, ReDigi *Issues Statement on Amazon's Patent For The Resale of «Used» Digital Goods*, *Providence Journal*, 6 febbraio 2013).

⁴⁸ US Patent & Trademark Office, brevetto n. 8,364,595, 29 gennaio 2013

⁴⁹ Intervista Computerworld con J. Ossenmacher, CEO di ReDigi Gennaio 29 2014. Disponibile a <http://blogs.computerworld.com/application-security/23455/resell-mp3s-no-copyright-infringement-digital-copy-less-digital-transactions-patent> 15 April 2014: «[...] we've built this [...] software that allows the original purchase to go right to your ReDigi cloud, and then we download [users] personal-use copy right to [their] iTunes folder or wherever [users] want it instantaneously, so the user doesn't really notice the difference. Now when [users] want to sell it or stream it or whatever, [they]'re doing it from the original that's in our cloud».

superare, o per lo meno smussare, alcune delle problematiche sollevate dal giudice statunitense il quale potrebbe ritenere sufficiente che nessuna operazione di copiatura o riproduzione abbia luogo all'interno del modello commerciale ai fini dell'applicazione della «*first sale doctrine*»⁵⁰.

Queste domande di brevetto, caratterizzate dallo sforzo di risolvere il problema di una copia «usata» che sia al contempo nella disponibilità del venditore e dell'acquirente, sollevano non pochi dubbi circa la loro liceità, dacché per alcuni versi sembrano costituire un tentativo di ottenere brevetti su metodi di business. I problemi si pongono soprattutto se la questione è traslata in ambito europeo, ove l'Art. 52 della Convenzione sul Brevetto Europeo prevede esplicitamente un divieto di brevettabilità dei «i piani, principi e metodi per attività intellettuali, per giochi o per attività commerciali»⁵¹.

Negli Stati Uniti, invece, la corrispondente previsione dello *United States Code* lascia maggiori margini di discrezionalità⁵² e l'elaborazione giurisprudenziale è giunta in alcuni casi a riconoscere come non si possa escludere la brevettabilità dei metodi di business in presenza dei requisiti di novità e non ovvietà⁵³. Appare dunque evidente che la concessione dei brevetti summenzionati da parte dello U.S. Patent & Trademark Office, che godono di una limitata efficacia territoriale, non necessariamente corrisponde ad una certa validazione dei medesimi brevetti all'interno dell'Unione europea.

⁵⁰ P. Sweeting, *No (first) sale for Amazon, Gigaom research*, 6 febbraio 2013, <http://research.gigaom.com/2013/02/no-first-sale-for-amazon/>.

⁵¹ La Convenzione sul Brevetto Europeo prevede all' art. 52 che: «(1) I brevetti europei sono concessi per le invenzioni in ogni campo tecnologico, a condizione che siano nuove, implicino un'attività inventiva e siano atte ad avere un'applicazione industriale. (2) Non sono considerate invenzioni ai sensi del paragrafo 1 in particolare: a) le scoperte, le teorie scientifiche e i metodi matematici; b) le creazioni estetiche; c) i piani, principi e metodi per attività intellettuali, per giochi o per attività commerciali, come pure i programmi informatici; d) le presentazioni di informazioni. (3) Il paragrafo 2 esclude la brevettabilità degli oggetti o delle attività che vi sono enumerati soltanto nella misura in cui la domanda di brevetto europeo o il brevetto europeo concerna uno solo di tali oggetti o attività, considerati come tali.» Nell'ordinamento italiano una previsione sostanzialmente equivalente è prevista all'art. 45 del Codice di proprietà intellettuale. Anche l'approccio del Board of Appeal dell'European Patent Office (EPO) sul tema è alquanto restrittivo e muove da una netta distinzione tra cosa sia un metodo commerciale in sé e pertanto non brevettabile e cosa sia, al contrario, un metodo commerciale dotato di carattere tecnico e suscettibile di brevettazione. Per una più approfondita analisi della liceità dei brevetti per la rivendita dei contenuti digitali si rinvia a G. Campus, *Apple, Amazon, ReDigi: la rivendita di contenuti digitali on line tra diritto brevettuale e diritto d'autore*, disponibile su www.medialaws.eu.

⁵² Il *Title 35 of the United States Code - Section 101* regola le *Inventions patentable* e prevede che «Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title.»

⁵³ Si vedano *State Street Bank v. Signature Financial* del 23.7.1998 e la *Section 2106, Patentable Subject Matter – Computer-Related* del *Manual of Patent Examining Procedure*. Tale orientamento è stato poi ribadito da ulteriori pronunce quali *State Street Bank vs. Signature Financial Group* nel 1998 e *AT&T Corp. vs. Excel Communications Inc.* nel 1999. Ma si veda anche, per una parziale rimodulazione, *eBay Inc. vs. MercExchange LLC* del 2006. Per un approfondimento: Rochelle C. Dreyfuss, *Are Business Method Patents Bad for Business?*, in *16 Santa Clara Comp & High Tech LJ*, 263 (2000). Peraltro, si veda la decisione nella causa *In re Bilski*, 545 F.3d 943, Fed. Cir., 2008. Per un commento S. Fusco, *Is in re Bilski a Déjà Vu*, in *STLR*, 2009, 1.

Orbene, emerge come il regime normativo e giurisprudenziale europeo non sia in grado di offrire univoci orientamenti per la valutazione della legittimità del modello di business di un mercato secondario dei contenuti musicali digitali. Invero, da un lato le disposizioni a tutela del diritto d'autore non consentono di superare l'incertezza circa la qualificazione della «distribuzione di contenuti digitali on line» tra gli «atti di comunicazione al pubblico»/«messa a disposizione del pubblico» o tra gli «atti di distribuzione» di copie digitali, salvo una minima apertura favorevole alla qualificazione di «atti di distribuzione» esclusivamente con riferimento al settore della distribuzione dei programmi per elaboratore. Dall'altro lato, anche le norme di diritto brevettuale non consentono di superare l'*impasse*, in specie per quanto concerne l'accennata brevettabilità dei metodi di business, ove vengano concessi.

5.2. *Il difficile superamento del carattere di lex specialis della Direttiva Software in Nintendo c. PC Box*

Sembra necessario operare alcune valutazioni intese a chiarire la legittimità dei trasferimenti di download di contenuti musicali di «seconda mano». Allorquando la questione si presentasse davanti alla Corte di giustizia, il giudice del Lussemburgo dovrà decidere sostanzialmente tra due soluzioni alternative. Potrebbe decidere di interpretare la Direttiva Software nella sua forma più rigorosa come ha fatto il tribunale tedesco nel sopra citato caso *e-book*, o la Corte di New York nel caso *ReDigi*, con riferimento al Copyright Act. Diversamente, la CGUE potrebbe decidere di seguire il ragionamento elaborato nel caso *UsedSoft* applicando un principio di equivalenza tra opere tangibili e intangibili e permettendo così al principio dell'esaurimento di esplicare la sua efficacia.

Nell'opinione di chi scrive, per lo meno in termini di desiderabilità e certezza delle soluzioni prospettate, la giurisprudenza *UsedSoft* dovrebbe applicarsi anche al di là dei software e includere altri contenuti digitali scaricabili come i videogiochi, gli *e-book* e i contenuti musicali. Invero, solo l'estensione del ragionamento adottato nel caso *UsedSoft* e la sua applicazione anche ai contenuti sottoposti alla Direttiva InfoSoc permetterebbe di regolare il (già esistente) mercato digitale di seconda mano, ampliando la portata dei diritti degli acquirenti di download digitali. In concreto si deve rilevare la necessità di addivenire ad una maggiore chiarezza sullo status giuridico dei contenuti scaricati, attraverso sia proposte legislative della Commissione sia pronunce della Corte di giustizia, al fine di delineare la disciplina applicabile al mercato europeo secondario per contenuti digitali (non solo musicali).

Tuttavia, una recente pronuncia della CGUE ha confermato al natura di *lex specialis* della Direttiva Software⁵⁴, di fatto negandone l'applicazione ai contenuti diversi dal software. La sentenza nella causa C-355/12 *Nintendo c. PC Box* ha stabilito che l'elusione del sistema di protezione di una *console* per videogiochi, in determinate circostanze, può essere legale. In particolare il produttore della *console* è protetto contro tale elusione solo qualora le misure di protezione siano dirette ad impedire l'utilizzazione di videogiochi contraffatti.

Ciò che rileva ai fini della presente disamina non è tanto l'interpretazione dell'art. 6 della Direttiva InfoSoc (concernente le misure tecnologiche di protezione) fornita dalla Corte, quanto la disamina del rapporto tra questa Direttiva e la Direttiva Software.

Anzitutto la Corte ricorda che i videogiochi «costituiscono un materiale complesso, che comprende non solo un programma per elaboratore, ma anche elementi grafici e sonori che, sebbene codificati nel linguaggio informatico, possiedono un valore creativo proprio che non può essere ridotto alla suddetta codificazione. Nei limiti in cui concorrono all'originalità dell'opera, le parti che compongono un videogioco, nella fattispecie gli elementi grafici e sonori prima citati, sono protette, insieme all'opera nel suo complesso, dal diritto d'autore nell'ambito del sistema istituito dalla Direttiva 2001/29»⁵⁵. Queste parole riprendono le Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston che specifica inoltre che la giurisprudenza *UsedSoft* e la natura speciale della Direttiva Software devono essere intese nel senso che «le disposizioni della Direttiva Software prevalgono su quelle della Direttiva InfoSoc, ma soltanto laddove il materiale protetto rientra interamente nella sfera di applicazione della prima»⁵⁶.

Ebbene, al momento non sembra dunque esserci margine per un'applicazione estensiva della delle disposizioni della Direttiva Software (ivi inclusa quella cui all'art. 4(2) sul principio di esaurimento del diritto di distribuzione) a contenuti diversi da un programma per elaboratore⁵⁷, siano essi videogiochi oppure contenuti musicali.

⁵⁴ Sul criterio di specialità quale principio tradizionalmente utilizzato dagli ordinamenti giuridici per risolvere le antinomie normative, si veda U. Grozio, *De jure belli ac pacis* (1625), *Libri Tres, libro II, Capitolo 16, sezioni XXIX*.

⁵⁵ Sentenza nella causa C-355/12 *Nintendo c. PC Box*, § 23. Questa considerazione è in linea con quanto affermato dal giudice del rinvio, che, come ricorda l'Avvocato Generale Sharpston nelle sue Conclusioni, ha ribadito che «[...] ai sensi della giurisprudenza italiana, i videogiochi come quelli in esame non possano essere qualificati semplicemente programmi per elaboratore, ma [sono] invece opere complesse e multimediali, espressione di creazioni narrative e grafiche concettualmente autonome. Essi devono dunque essere considerate opere dell'ingegno, protette da diritto d'autore». Cfr. § 25.

⁵⁶ *Ibid.*, § 34.

⁵⁷ «Se i giochi della Nintendo, e quelli prodotti con licenza della Nintendo, non fossero nulla più che programmi per elaboratore, sarebbe dunque applicabile la Direttiva 2009/24, a scapito della Direttiva 2001/29. Per contro, se la Nintendo applicasse misure tecnologiche distinte per proteggere programmi e materiale diver-

5.3. *Le recenti pronunce giurisprudenziali*

Sebbene resti incerto se e in quali termini il principio di esaurimento consacrato dalla Direttiva Software possa essere applicata a beni diversi dal software e che rientrano nell'alveo della Direttiva InfoSoc, il principio stabilito da *UsedSoft* è stato ripreso, e specificato, dalla successiva sentenza nella causa *Microsoft*, C-166/15, resa il 12 ottobre 2016. In quel caso, la Corte di Giustizia si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte regionale di Riga in Lettonia che vedeva coinvolti due soggetti perseguiti penalmente per la presunta violazione dei diritti d'autore di Microsoft per aver venduto copie di software incorporate in un supporto materiale diverso dal supporto materiale d'origine (cosiddette *back-up copy* o copie di riserva). Nel caso in questione, i giudici del rinvio avevano sollevato una questione pregiudiziale in merito alla possibilità da parte dell'acquirente iniziale, titolare della copia di riserva del software di Microsoft registrata su un supporto fisico non originale, di poter vendere tale copia allorquando, (i) il supporto fisico originale di tale programma, consegnato all'acquirente iniziale, fosse stato danneggiato e, (ii) l'acquirente iniziale avesse cancellato la propria copia del software o avesse cessato di utilizzarlo.

Ebbene, i giudici del Kirchberg, da un lato hanno ribadito, in continuità con la giurisprudenza *UsedSoft*, il principio della libera disposizione del licenziatario o acquirente in virtù della licenza ad uso illimitato della copia del programma, ovvero il diritto dell'acquirente della copia di un software di rivendere a terzi tale copia e la licenza in essa incorporata, a prescindere sia dalla circostanza che la vendita riguardi una copia tangibile o intangibile del software, sia da possibili clausole contrattuali in senso contrario. Dall'altro, la Corte di giustizia ha chiarito come tale diritto concerne unicamente la *copia acquistata* e non la *copia di riserva* (ossia, come visto, la copia di un programma informatico d'occasione, registrata,

so, la Direttiva 2009/24 si applicherebbe ai primi e la Direttiva 2001/29 al secondo.» Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-355/12 *Nintendo v PC Box*, punto 34. Sulla natura ibrida dei videogiochi, si veda A. Ramos, L. López, A. Rodríguez, T. Meng, S. Abrams, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, (2013), report commissionato dalla OMCI, http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf Per una critica alla decisione nella causa C-355/12 *Nintendo c. PC Box*, si veda T. Rendas, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, 2015, EIPR 39-45, che rileva: «According to the understanding of the *lex specialis* doctrine on which AG Sharpston's Opinion and the court's decision are based, the special law will only derogate from the general one when the factual situation at hand is entirely covered by both of them. In all the other cases, e.g. when the situation falls entirely within the scope of the general law, but only partially within the scope of the general law, there is no reason to apply the *lex specialis* doctrine, because only the general law entirely qualifies that factual situation. In other words, it is a pre-condition for the application of the *lex specialis* doctrine that the situation falls entirely within the scope of the special law. In the Nintendo case, because videogames are hybrid products and not merely computer programs, the situation falls only partially within the scope of the special law. Thus, accordingly to this view, the general law will apply. But neither A.G. Sharpston nor the court in Nintendo, provides any substantive justification for why this should be so».

cioè, su un supporto fisico non originale) eventualmente realizzata dall'acquirente in virtù dell'eccezione prevista dall'art. 5, paragrafo 2 della direttiva 91/250/CEE, ai sensi della quale «[i]l contratto non può impedire che una persona abilitata ad usare il programma faccia una copia di riserva qualora tale uso lo richieda». Questo approccio ermeneutico, nel ragionamento della Corte, rimane fermo anche qualora il supporto fisico originale, consegnato all'acquirente, sia andato deteriorato, smarrito o distrutto e, pertanto, non possa più essere ceduto a terzi⁵⁸.

Il tema del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione in ambito digitale è stato altresì affrontato, sebbene *a latere*, dall'Avvocato generale Szpunar, nelle sue conclusioni nella causa C-174/15 *Vereniging Openbare Bibliotheken/ Stichting Leenrecht* («VOB»), decisa poi con sentenza del 10 novembre 2016, e vertente sul tema del regime giuridico del prestito digitale, in specie con riferimento al prestito di libri da parte di biblioteche pubbliche⁵⁹. L'Avvocato gene-

⁵⁸ Occorre peraltro notare che il mercato del software sta cambiando e lo sviluppo di nuovi modelli di business – quali servizi di *cloud computing* in modalità *Infrastructure as a Service* (IaaS), *Software as a Service* (SaaS), e *Platform as a Service* (PaaS) e i servizi di *streaming*, la dicotomia vendita/licenza e la rilevanza di copie di back-up diverranno gradualmente meno incisive, giacché l'utilizzo di software online in *real time* risulta difficilmente riconducibile alla categoria giuridica della vendita, essendo più agevolmente qualificabile come una fornitura di servizi o, *rectius*, allo schema dell'appalto di servizio. In questo caso si è rilevato come ciò comporti «la prevalenza di una prestazione di fare, avente ad oggetto la fornitura di uno o più servizi software o di altra natura, unitamente alla presenza di una organizzazione dotata di mezzi e gestione propri e al pagamento di un corrispettivo.» In tal caso l'oggetto del contratto consiste in prestazioni continuative o periodiche, con la conseguenza che l'appaltatore avrebbe un'obbligazione di risultato. Così Belisario, il quale conclude che si possa ritenere in via generale «che il contratto di fornitura di servizi di *cloud* rientri nella categoria dell'appalto di servizi disciplinato dagli articoli 1655 e ss. del codice civile». E. Belisario, *Cloud computing*, in *Informatica giuridica*, n. 17, eBook Altalex, 2011. Altri autori sostengono invece che esso rappresenti piuttosto una caratteristica figura di contratto atipico, in quanto i servizi non vengono posti in essere di volta in volta per i singoli utenti, ma sono utilizzati quelli già predisposti. S. Bendandi, *Software as a Service: aspetti giuridici e negoziali*, Altalex.it, 2008. In realtà tali contratti si caratterizzano non tanto per l'assunzione da parte del fornitore di un obbligo di «fare» qualcosa per l'utente, quanto piuttosto per il mettere a disposizione e consentire l'uso di risorse ICT *on demand* (si fa riferimento in tal senso ad un obbligo di «far fare»). In questo senso, M. Maggiore, *Cloud Computing tra diritto e tecnologia: dubbi e opportunità per le PMI*, in *Diritto24*, 29 maggio 2012. Di conseguenza non sussisterebbe l'obbligo in capo al fornitore di assicurare all'utente un risultato in termini di disponibilità del servizio o di custodia dei dati e delle informazioni affidate. In ogni caso i rischi e il bilanciamento delle responsabilità tra le parti dovrebbero essere calibrati mediante un'adeguata regolamentazione contrattuale, fermo restando il rispetto della disciplina sul trattamento dei dati personali. L'instaurarsi di un rapporto complesso tra l'utente, il fornitore e i diversi soggetti (il gestore del servizio, i fornitori di accesso a Internet) che interagiscono nei servizi di *cloud computing* richiede infatti una regolamentazione precisa e accurata, in grado di disciplinare tutti gli aspetti relativi alla fornitura dei servizi e alla gestione dei dati in termini di modalità, durata e caratteristiche del trattamento. Sul punto, M. Mensi, P. Falletta, *Il diritto del web - Casi e materiali*, Padova, 2015.

⁵⁹ Con la sentenza nella causa C-174/15, la Corte di Giustizia ha specificato l'ambito dell'eccezione per il prestito pubblico delle opere protette online. In particolare, i Giudici europei hanno rilevato che nella nozione di «prestito» – cui alla Direttiva 2006/115/CE sui diritti di noleggio e di prestito – debba altresì sumsumersi il prestito della copia di un libro in formato digitale, qualora tale prestito venga posto in essere attraverso l'upload di tale copia sul server di una biblioteca pubblica, così permettendo all'utente di riprodurre detta copia con il download sul proprio *device* (sempre che possa essere scaricata una sola copia e che, dopo il periodo di prestito, la copia scaricata da detto utente non possa più essere utilizzata dal medesimo). Nella ricostruzione della Corte, una simile operazione è del tutto assimilabile a un prestito di opere su supporto cartaceo, attesa la limitazione

rale, pur rimarcando che «è indispensabile interpretare gli atti giuridici tenendo conto dell'evoluzione della tecnologia, del mercato e dei comportamenti, e non cristallizzare tali atti nel passato con un'interpretazione troppo rigida»⁶⁰, non si è peritato nel chiarire se e in quali termini la direttiva InfoSoc contenga un principio di esaurimento, ritenendo che la questione del meccanismo di esaurimento del diritto di distribuzione non presentasse alcun nesso con il diritto di prestito, problematica su cui verteva il caso di specie⁶¹.

Cionondimeno, le Conclusioni sottolineano che non vi sono ragioni per ritenere che le copie digitali debbano essere trattate in modo differente rispetto a quelle analogiche, per lo meno rispetto alla direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale⁶², stante che ciò che «risulta decisivo [...] è l'elemento oggettivo: quando prende in prestito un libro, tradizionale o digitale, l'utente intende prendere conoscenza del suo contenuto, senza conservarne una copia per sé. Orbene, da questo punto di vista, il libro cartaceo e il libro digitale non presentano differenze sostanziali, al pari delle modalità del loro prestito». Peraltro, l'Avvocato generale ha richiamato la definizione di «copia», elaborata dalla Corte nella sentenza *Usedsoft*, nel senso che, in base alla Direttiva InfoSoc «include le copie digitali prive di supporto materiale» e riconoscendo tale arresto come l'«unica» sentenza in cui «finora [...] la Corte abbia interpretato nozioni del diritto d'autore nel contesto dell'ambiente digitale»⁶³.

quantitativa delle opere scaricabili contemporaneamente (è appunto ammesso il download di una sola copia) e la limitazione temporale del prestito.

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Szpunar presentate il 16 giugno 2016, causa C-174/15, § 27.

⁶¹ *Ibid.*, § 82. In particolare, l'Avvocato Generale ha chiarito che «il diritto di prestito, quale concepito nella direttiva 2006/115, è del tutto indipendente dall'esaurimento del diritto di distribuzione. Da un lato, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, di detta direttiva, i diritti di prestito e di noleggio non si esauriscono con l'esaurimento del diritto di distribuzione. In altri termini, non basta acquistare una copia di un'opera per poterla prestare o noleggiare liberalmente. Occorre altresì acquisire, separatamente, il diritto di dare in prestito o di noleggiare tale copia, con il consenso del titolare del diritto, espresso contrattualmente, oppure in virtù della deroga per il prestito pubblico prevista dall'articolo 6 della direttiva 2006/115, ove quest'ultimo sia stato traspeso nel diritto nazionale». *Ibid.*, § 83.

⁶² GU 2006, L 376, 28.

⁶³ Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar presentate il 16 giugno 2016, causa C-174/15, §§ 50; 52. È altresì interessante rilevare che l'Avvocato generale ha chiarito che la sentenza *Art & Allposters International* (Sentenza del 22 gennaio 2015 nella causa C-419/13, EU:C:2015:27) non ha in alcun modo messo in discussione né limitato in alcun modo le conclusioni derivanti dalla sentenza *Usedsoft*. Con tale arresto la Corte di Giustizia ha affrontato il tema del principio di esaurimento del diritto di distribuzione in una vicenda che vedeva contrapposte una *collecting society* dei paesi Bassi e una società di riproduzioni su supporti quali legno o altri materiali di opere degli artisti i cui diritti erano amministrati dalla società di gestione collettiva dei diritti. Nell'ambito di questa controversia, il giudice nazionale domandava alla Corte di Giustizia di chiarire se l'articolo 4, comma 2, della Direttiva InfoSoc, che disciplina il principio di esaurimento del diritto di distribuzione trovi applicazione nel caso in cui l'opera in questione sia stata riprodotta su un supporto diverso dall'originario. Il giudice europeo ha rilevato che anzitutto il legislatore con la Direttiva InfoSoc, facendo menzione in più parti

Da ultimo, nell'aprile 2018 la Corte di Giustizia è stata interpellata da una corte olandese (la *Rechtbank Den Haag*) a pronunciarsi nel caso *Tom Kabinet* se la direttiva InfoSoc preveda un principio di esaurimento nel settore degli e-book. La Corte di Giustizia, con sentenza del 19 dicembre 2019, a valle delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Szpunar, ha dato una risposta negativa: la fornitura di un libro elettronico per uso permanente rientra nella «messa a disposizione del pubblico» delle opere, e non già nell'ambito della «distribuzione». Di conseguenza non opera l'esaurimento, che è limitato al diritto di distribuzione. Quindi il mercato dell'usato di libri elettronici non può svilupparsi, essendo soggetto al consenso del titolare del diritto. Nello sforzo di superare un possibile contrasto con il caso *UsedSoft*, il giudice europea ha anzitutto rimarcato la differenza funzionale ed economica delle attività di download fra un software e un e-book. Recependo i rilievi dell'Avvocato generale, la Corte ha sottolineato come, contrariamente ai libri o alle opere su dischi ottici, l'uso di un programma per elaboratore richiede che sia caricato sul computer nel quale è destinato a funzionare. Nel dettaglio, il software consiste in una serie di istruzioni che indicano ad un computer le operazioni da svolgere. Peraltro, la vendita di un software è sempre accompagnata da una licenza che ne disciplina i termini di utilizzo. Muovendo da tali premesse, la Corte ha ritenuto che da una prospettiva economica, la fornitura attraverso il download sia funzionalmente equivalente alla fornitura su supporto informatico e che, a differenza delle opere musicali, letterarie o cinematografiche, in cui il fattore «utilità» si esaurisce, sovente, a seguito di una sola fruizione, il software ha un utilizzo continuato nel tempo e, tuttavia, anche una propensione maggiore all'obsolescenza tecnica del tutto simile all'usura degli esemplari fisici delle altre tipologie di opere.

L'impressione che rimane, dunque, è che il timore connesso al generalizzato riconoscimento del principio dell'esaurimento sui contenuti digitali scaturisca dall'attuale assenza, o quanto meno inadeguatezza, di misure che assicurino l'unicità dell'opera circolante. Sul punto, un possibile aiuto potrà giungere dalla tecnologia blockchain, che potrebbe consentire la creazione di copie uniche e tracciabili del contenuto digitale, ponendo margine ad una proliferazione fuori controllo⁶⁴.

agli oggetti materiali che incorporano opere protette, ha inteso attribuire ai rispettivi titolari un pieno controllo tanto con riferimento alle opere, quanto in relazione agli oggetti materiali che le incorporano. In secondo luogo, occorre tuttavia rilevare che la modifica dell'oggetto materiale ove l'opera protetta è incorporata deve far ritenere che la società di riproduzione pongesse in essere una riproduzione «nuova» della stessa opera, rispetto alla quale i rispettivi autori non avevano prestato alcun consenso. Muovendo da questi rilievi, la Corte di Giustizia ha concluso che in ipotesi analoghe a quella da cui il principio di esaurimento del diritto di distribuzione non opera e, dunque, occorre ottenere una specifica autorizzazione da parte dei titolari delle opere protette che si riproducono.

⁶⁴ Sentenza della CGUE nella causa C-263/18, *NUV-GAU c. Tom Kabinet*, ECLI:EU:C:2019:1111.

6. *Per una difesa del principio dell'esaurimento*

Peraltro, il mutamento del modo di fruizione dei contenuti musicali da parte degli utenti di internet potrebbe rendere la questione dell'esaurimento sulle reti di comunicazione elettronica non più attuale, atteso il *trend* crescente verso una fruizione in *streaming* online della musica, e non già più attraverso il download di una copia digitale, di talché l'esaurimento digitale potrebbe quindi ridursi ad una questione che il diritto non è riuscito ad affrontare in modo tempestivo, ma che, in definitiva, potrebbe essere superata dall'avanzamento tecnologico e dai modelli di consumo in evoluzione.

Nondimeno, è d'uopo rilevare che lo sviluppo un mercato secondario dei contenuti musicali sulle reti di comunicazione elettronica porterebbe alcuni indubbi vantaggi derivanti dallo stesso principio di esaurimento⁶⁵. Come evidenziato dall'analisi economica⁶⁶, l'operatività del principio dell'esaurimento risulta anzitutto funzionale a garantire tanto la certezza dei traffici commerciali⁶⁷, delimitando le facoltà comprese nel diritto di privativa, quanto la libera circolazione delle merci. Invero, il principio dell'esaurimento può anzitutto determinare una riduzione dei costi di transazione sui mercati secondari. Come ovvio, se la vendita di prodotti tutelati dal diritto d'autore, come un libro o un CD di musica, fosse accompagnata da restrizioni specifiche per la loro rivendita, allora i potenziali acquirenti di una copia rischierebbero costantemente di porre in essere una condotta infrattiva di tali diritti, se non sono perfettamente informati su queste restrizioni. Questo accrescerebbe i costi di transazione che potrebbero rendere i mercati secondari non sostenibili.

I costi di transazione rappresentano, specie nel mercato delle nuove tecnologie, un aspetto centrale strettamente connesso all'impianto regolatorio e, in particolar modo, alle regole che governano la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, in base a cui si svolgono le transazioni collegate all'innovazione che tipicamente si caratterizzano da alti livelli di incertezza e di asimmetria informativa. Questo aspetto si ricollega ad uno delle *raison d'être* del principio di esaurimento, ossia la certezza dei traffici commerciali e la connessa tutela dell'affidamento dell'acquirente. Invero, l'esaurimento permette di evitare che la privativa, estendendosi ad ogni fase della circolazione del bene, facoltizzi il titolare del diritto di

⁶⁵ L'esaurimento presidia molti interessi, per una rassegna si veda A. Perzanowski, J. Schultz, *Digital Exhaustion*, *UCLA L. Rev.* Vol. 58; *Wayne State University Law School Research Paper No. 10-10*; *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1669562*. Per una ricostruzione della *ratio* sottesa al principio dell'esaurimento si veda S. Segantini, *L'esaurimento*, in M. Scuffi, M. Franzosi, *Diritto Industriale Italiano: Diritto Sostanziale*, Padova, 2014, 56 ss.

⁶⁶ W. Kerber, *Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective*, in MAGKS, *Joint Discussion Paper Series in Economics*, No. 23-2016; *Zeitschrift fuer Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal*, 2016, 149-169.

⁶⁷ Sul tema cfr. D. Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996

imporre limiti alla distribuzione ed utilizzazione dei beni legittimamente messi in commercio⁶⁸ di talché qualsiasi avente causa che non rispettasse queste restrizioni, anche se inconsapevole della loro esistenza, risulterebbe un contraffattore⁶⁹. La dottrina ha infatti sapientemente rilevato che, ove il titolare dell'esclusiva sia lasciato libero di determinare l'ambito di circolazione del bene, la privativa «avrebbe un contenuto (non legislativamente tipizzato) ma rimesso all'autonomia individuale», di talché si creerebbero «gravi incertezze sulla libera disponibilità degli esemplari commercializzati», in palese spregio alle «esigenze di tutela dell'affidamento dalle quali storicamente derivano i primi riconoscimenti del principio dell'esaurimento»⁷⁰. Così ragionando, il principio dell'esaurimento verrebbe ricondotto ad un nobile strumento di temperamento tra l'esigenza del titolare del diritto di poter trarre profitto dal commercio del prodotto sul quale vanta l'esclusiva e la necessità di non compromettere il principio della certezza degli scambi commerciali consentendo al titolare del diritto di impedire o condizionare fortemente anche le commercializzazioni successive alla prima del medesimo bene.

Sotto un diverso profilo, non pare peregrino potersi sostenere che l'operatività dell'esaurimento possa, a sua volta, incrementare l'innovazione. In particolare, parte della dottrina ha sostenuto che la *first sale doctrine* potrebbe incoraggiare l'innovazione come una conseguenza dello sviluppo di mercati secondari di beni protetti dal diritto d'autore, giacché la concorrenza che si svilupperebbe in tali mercati potrebbe offrire incentivi per ulteriori innovazioni da parte dei titolari di copyright nonché degli utenti, attraverso la ricerca di maggiori possibilità di utilizzo o di modifica dei prodotti in modo creativo, atteso che modifiche, adattamenti e altre innovazioni degli utenti giocano un ruolo molto più importante per quanto riguarda le opere digitali, in ottica di maggiore decentralizzazione dell'innovazione⁷¹. In tal senso, la possibilità da parte dei titolari del diritto d'autore di inibire o contingentare le ulteriori commercializzazioni del bene, successive alla prima, sui mercati a valle potrebbe ostacolare gli sforzi innovativi degli utenti e di altre imprese innovative.

Un altro argomento che parrebbe militare per l'ammissione di un esaurimento con riferimento alle «copie digitali» si riferisce ai noti problemi di con-

⁶⁸ Id., 66 ss.

⁶⁹ Id., 72.

⁷⁰ Id., 73.

⁷¹ In merito al rapporto tra mercato secondario di contenuti digitali e innovazione, è stato sostenuto che «[t]hat control constrains consumer welfare on a number of levels. It prevents consumers from acquiring or reselling works via secondary markets; it impinges on their privacy and limits their opportunities for innovation; and it threatens market efficiency and competition by increasing transaction costs and the risk of consumer lock-in». Si vedano A. Perzanowski, J. Schultz, *Digital Exhaustion*, *UCLA L. Rev.*, Vol. 58, 2011, 889-946, 891.

correnza e regolazione delle piattaforme online⁷². Come noto, l'ampiezza della nozione di piattaforme – comprensive di imprese che operano su mercati a un versante e su mercati a più versanti, servizi contraddistinti da significanti effetti di rete e altri con effetti di rete nulli o quasi, dissimili modelli di monetizzazione, di utilizzo dei dati personali e di fidelizzazione – rende difficoltoso individuare il loro peso competitivo, nonché la pietra angolare dell'analisi antitrust: il mercato rilevante. In questo settore è infatti tangibile il pericolo d'imporre forme di regolamentazione asimmetrica a operatori attivi nel medesimo mercato, ma con modelli industriali differenti.

Peraltro, atteso che i mercati che si esplicano sulle piattaforme online presentano una naturale tendenza alla monopolizzazione naturale, in ragione dei marcati effetti di rete, pare lecito interrogarsi se la limitazione del potere del titolare del diritto d'autore a valle della prima commercializzazione (i.e. l'operatività del principio dell'esaurimento), potrebbe incrementare la concorrenza tra le piattaforme e facilitare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori. Invero, l'esaurimento del diritto potrebbe consentire agli acquirenti secondari di un bene digitale protetto da copyright di trasferire la copia digitale acquistata su un'altra piattaforma, superando il rischio di *lock-in* degli utenti su specifiche piattaforme tecnologiche e riducendo i tempi e i costi di transazione per il passaggio da una piattaforma all'altra⁷³. In proposito, il recente rinnovato interesse, a seguito dell'adozione del Regolamento (UE) 2016/679 (regolamento generale sulla protezione dei dati)⁷⁴ sul diritto alla portabilità dei dati per facilitare l'accesso a altre piattaforme e promuovere la concorrenza tra piattaforme potrebbe dare la stura ad un dibattito parallelo sul diritto autorale⁷⁵, in specie con riguardo al diritto degli utenti di trasferire le loro copie digitali acquistate ad altre piattaforme.

⁷² Si veda la consultazione avviata nel settembre 2015 dalla Commissione UE avente ad oggetto prospettive di regolamentazione del fenomeno delle piattaforme online, Commissione UE, *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 5.

⁷³ Come rilevato, si tratta di costi che posso essere determinati, ad esempio, «dalla necessità di acquistare nuovamente un elevato numero di applicazioni, non portabili in caso si migri da una piattaforma all'altra, dalla difficoltà di migrare i dati dei propri contatti e della propria agenda, i messaggi di posta elettronica e, ovviamente, dalla necessità di acquistare nuovamente i contenuti sui sistemi della nuova piattaforma, non essendo riconosciuti sulla diversa piattaforma i diritti sui contenuti posseduti sulla piattaforma corrente». E. Prosperetti, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Torino, 2013, 168.

⁷⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati). Il Regolamento è entrato in vigore il 24 maggio 2016 e diventato definitivamente applicabile in via diretta in tutti i Paesi UE a partire dal 25 maggio 2018 (si vedano i considerando 171 e art. 99 Reg. UE n. 2016/679), avendo lasciato agli Stati membri un termine di due anni per l'aggiornamento della disciplina. Cfr. A. Ciccia Messina, N. Bernardi, *Privacy e Regolamento Europeo 2016/679*, Milano, 2016, 82.

⁷⁵ Il Regolamento (UE) 2016/679 prevede un «diritto alla portabilità del dato», ossia il diritto dell'interessato «di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento» e il diritto «di trasmettere tali dati a un altro

Dalla precedente disamina deriva che, da un lato, risulta evidente che la protezione del diritto d'autore deve essere ricalibrata per rispondere alle sfide poste dalle nuove tecnologie che hanno radicalmente mutato il modo in cui i contenuti, anche musicali, sono creati, distribuiti e fruiti. La potenziale diffusione di contenuti a livello mondiale a costi molto bassi e la creazione di nuovi mercati per i beni digitali – che pure hanno amplificato il rischio di *free-riding competitors* and *market destructive appropriation* a scapito degli autori e dei creatori⁷⁶ – difficilmente sono imbrigliati dall'attuale infrastruttura giuridica, che rischia così di divenire un elemento frenante, e non già abilitante. Tuttavia, un'eccessiva protezione dei diritti d'autore può portare alla creazione di barriere legali all'ingresso in mercati per prodotti e servizi a valore aggiunto relativi a beni digitali, alterando l'efficienza economica del mercato competitivo, che a sua volta potenzialmente comporta un ridotto livello di innovazione sul mercato in termini di innovazione incrementale⁷⁷.

D'altro canto, l'accertamento di una violazione dei principi antitrust richiede un'analisi altamente dipendente dalle circostanze specifiche della fattispecie, e, di conseguenza, non può essere intrapresa su base puramente astratta. Nondimeno, pur argomentando in termini giocoforza speculativi, occorre rilevare che l'ipotesi che i mercati primari e quelli secondari di contenuti digitali si sovrappongono e quindi il diritto esclusivo di distribuzione online non possa essere esaurito, ignora un principio chiaro e fondamentale del diritto della concorrenza: tutelare il processo di libera concorrenza per l'ottimizzazione nell'allocazione e nella distribuzione delle risorse economiche. Poiché il diritto d'autore può agire come barriera all'ingresso, dato il naturale monopolio che la privativa conferisce, in termini di distribuzione digitale online, un diritto di comunicazione al pubblico dei

titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti», qualora siano soddisfatte alcune condizioni (art. 20, Reg. UE n. 2016/679). Il diritto alla portabilità, occorre rilevare, riguarda nondimeno solo i trattamenti automatizzati di dati fondati sul consenso o su contratto e presuppone formati interoperabili di archiviazione dei dati. Peraltro, esso agevola il superamento del fenomeno del *vendor lock-in*, vale a dire, la dipendenza forzata da un fornitore di servizi. In proposito si rileva che il 5 aprile 2017, il Gruppo di Lavoro Art. 29 (il «WP29») ha pubblicato la versione definitiva delle linee guida sulla portata e sulle modalità di esercizio del diritto. In proposito, il WP29 sottolinea i tempi rapidi in cui occorre rispondere alla richiesta dell'interessato. Sono esclusi da questo ambito i dati anonimi, ma non quelli pseudoanonimizzati, e quelli non forniti dall'interessato. Occorre, però, che il titolare, attraverso misure di autenticazione, si accerti dell'identità del soggetto che richiede l'esercizio del diritto alla portabilità dei dati. Come rilevato dai primi commentatori il diritto alla portabilità del dato ricopre particolare rilevanza con riferimento alla tutela giurisdizionale dei diritti: si pensi alla materia delle controversie di diritto del lavoro che sovente necessitano l'accesso a informazioni concernenti il lavoratore e detenute dal datore, per ottenere le quali è spesso indispensabile presentare una richiesta di ordini giudiziari di esibizione. F. Piraino, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, *Nuove Leg. Civ. Comm.* 2017, 2, 369.

⁷⁶ Si veda J.H. Reichman, P. Samuelson, *Intellectual Property Rights in Data?*, in *Vand. L. Rev.*, Vol. 50, 1997, 52.

⁷⁷ M. Fagin, F. Pasquale, e K. Weatherall, *Beyond Napster: Using Antitrust Law to Advance and Enhance Online Music Distribution*, 8 *B.U. J. Sci. and Tech. L.* 451, 2002.

contenuti che venga inteso in termini di inesauribilità può atteggiarsi a elemento escludente la proliferazione di qualsiasi altro servizio di distribuzione dei contenuti digitali. Invero, l'approntamento di strumenti di proprietà intellettuali particolarmente invasivi pongono una serie di problemi qualora i titolari dei diritti sono in grado di controllare qualsiasi uso delle opere tutelate⁷⁸. A parte il caso dei contratti di licenza che possono essere censurati come accordi anticoncorrenziali, la giurisprudenza ha dimostrato che uno dei modi tipici di sfruttamento del potere di mercato consiste nel porre in essere condotte unilaterali come il rifiuto di contrarre, quando tale condotta impedisce l'accesso alle informazioni necessarie per lo sviluppo di un nuovo prodotto o servizio⁷⁹. In tal senso, un quadro regolatorio che limita la libertà dei «*second comers*» di entrare e competere efficacemente nel mercato in cui si crea un valore aggiunto per i prodotti digitali esistenti, deve essere attentamente vagliato. È infatti in relazione a tale mercato che un livello più elevato di protezione del copyright può facilmente raggiungere una dimensione strutturale e ingenerare condotte restrittive della concorrenza, con il risultato di comprimere il livello generale dell'innovazione⁸⁰ e determinare un livello di scarsità di risorse artificialmente elevato, in specie in quei settori, come quello dei beni digitali, in cui l'acquisizione delle conoscenze è precipuamente cumulativa. Sicché, pur collocandosi nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia⁸¹, è necessario continuare ad esaminare la portata concorrenziale delle questioni relative all'esercizio del potere di mercato nel web interattivo.

Da ultimo, occorre garantire che il quadro regolatorio applicabile ai contenuti digitali, tra cui quelli musicali, non condizioni aprioristicamente il mercato (e il sorgere dei mercati stessi), favorendo una o l'altra tecnologia; sì da condizionare lo sviluppo della tecnologia. In tal senso, la mancata operabilità del principio dell'esaurimento può altresì impingere nel principio di neutralità tecnologica⁸², in base al quale «il legislatore non deve interferire nello sviluppo della tecnologia, condizionandola, favorendo determinate tecnologie rispetto ad altre, né nello sviluppo del mercato, favorendo determinati prodotti rispetto ad altri»⁸³. L'approc-

⁷⁸ Si veda S. Anderman, 'Microsoft v Commission and the Interoperability Issue', 2008, 30(10) *E.I.P.R.*, 395.

⁷⁹ I. Iglezakis, *Competition and Antitrust Issues with Regard to e-Books*, 2013, 34(5) *E.C.L.R.*, 249.

⁸⁰ Competitiveness may not be promoted where innovation is stifled by a high level of protection. T. Heide, *The Approach to Innovation under the Proposed Copyright Directive: Time for Mandatory Exceptions?*, 2000, 3 *I.P.Q.*, 215.

⁸¹ I.a., *IMS Health GmbH, Microsoft Corp, C-7/97*; *Oscar Bronner GmbH & Co KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG* [1998] *E.C.R. I-7791*; *CICCRA and Maxicar v Renault* [1988] *E.C.R. 6039*; *T-504/93 Tiercé Ladbroke v Commission* [1997] *E.C.R. II-923*.

⁸² In generale, sul principio di 'neutralità' tecnologica, si vedano, Brad A. Greenberg, *Rethinking technology neutrality*, *Minn. L. Rev.* 100, 2015, 1495; L.B. Moses, *How to think about law, regulation and technology: Problems with 'technology' as a regulatory target*, *Law, Innovation and Technology* 5.1, 2013: 1-20; C. Reed, *Taking sides on technology neutrality*, *SCRIPTed* 4, 2007, 263.

⁸³ G. Finocchiaro, *Riflessioni su Diritto e Tecnica*, in *Dir. Informatica*, 2012, fasc. 4-5, 831.

cio regolatorio deve dunque essere funzionale e parametrato all'affermazione di principi generali che possano rimanere invariati per un certo lasso di tempo, senza essere vincolati al mutamento delle tecnologie, né costituire un vincolo nei confronti di un determinato sviluppo tecnologico o commerciale⁸⁴, e pur essendo, al contempo, abbastanza elastici da adattarsi alle continue novità tecnologiche.

⁸⁴ R. Rivaro, *L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2014, Fasc. 6, 1149.

Il mercato secondario della musica online: esaurimento digitale tra Unione europea e Stati Uniti

Il mercato dei contenuti autoriali, caratterizzato da una spiccata trazione digitale, è soggetto a continue evoluzioni. L'articolo analizza i numerosi nodi interpretativi concernenti la definizione di un regime regolatorio per il mercato digitale secondario dei contenuti musicali protetti all'interno dell'Unione europea, ossia un mercato in cui i contenuti musicali digitali scaricati da un *e-marketplace* tradizionale vengono messi nuovamente in vendita. La disciplina del diritto d'autore diviene in questo contesto un elemento cruciale della regolamentazione del commercio elettronico, seppur l'interazione tra tutela del diritto d'autore, concorrenza e regolazione delle comunicazioni elettroniche faccia sorgere questioni in tema di qualificazione giuridica e effettività della tutela dei titolari del diritto sull'opera creativa, degli operatori e infine degli utenti che fruiscono di tali contenuti. Muovendo da un'analisi comparatistica delle soluzioni giurisprudenziali approntate negli Stati Uniti e nell'Unione europea, il presente contributo vuole contribuire all'individuazione della disciplina essenziale di tale mercato secondario, auspicando un approccio regolatorio che possa porsi al servizio dell'evoluzione tecnologica della distribuzione dei contenuti.

The secondary market for music content: Digital exhaustion between the European Union and the United States

Building on a comparative analysis of the principles laid down in case law in the United States and the European Union, this paper addresses the fundamental interpretative issues related to the definition of a regulatory regime for the secondary digital market of music content within the European Union, i.e., a market where digital music content downloaded from a traditional *e-marketplace* is resold. This analysis is all the more compelling given that electronic communications networks increase the risk of infringement of intellectual property rights, as copyrights become a decisive aspect of the regulation of electronic commerce. Over all, this article aims to map the basic regulatory landscape of this secondary market.

La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato *

Giovanni Mulazzani

SOMMARIO: 1. Interesse pubblico e regolazione dell'attività bancaria: una relazione più che mai attuale. – 2. I profili pubblicistici del credito nello spazio europeo: l'Unione Bancaria e la sua permanente incompiutezza. – 3. Il SSM ed il SRM: profili giuridici e rilievi critici sulla vigilanza e la risoluzione. – 4. L'evoluzione delle politiche pubbliche in ambito bancario di fronte alla crisi: tra esigenze di stabilità, rispetto della concorrenza e vincoli europei sugli aiuti di Stato. – 4.1. Gli interventi pubblici in Italia dopo il 2008 a fronte della crisi globale. – 4.2. La ricapitalizzazione precauzionale statale del Monte dei Paschi di Siena. – 4.3. La risoluzione delle quattro banche locali italiane: un'applicazione parziale e temperata del c.d. *bail in*. – 4.4. La liquidazione c.d. conservativa di Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca ed i moduli collaborativi pubblico-privati di salvataggio. – 4.5. Le garanzie pubbliche per Banca Carige e l'intervento statale per Banca Popolare di Bari. – 5. Interesse pubblico, esigenze del mercato e regolazione dell'attività bancaria.

1. *Interesse pubblico e regolazione dell'attività bancaria: una relazione più che mai attuale*

A quasi ottant'anni dalla pubblicazione dello scritto di Massimo Severo Giannini sul regime creditizio (*Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, 1939) ed a cinquanta dall'uscita dell'ampio studio di Mario Nigro, intitolato *Profili pubblicistici del credito* pubblicato nel 1969, in cui ha trovato compimento una lunga tradizione di studi che la scienza giuspubblicistica, dopo la legge bancaria del 1936¹, aveva dedicato all'esercizio del credito e più in generale alla disciplina dell'intermediazione finanziaria in chiave pubblicistica, il tema che riguar-

* L'Autore ringrazia il Prof. Marcello Clarich per la pazienza e l'attenzione che gli ha dedicato, rimane inteso che ogni errore o imperfezione è imputabile soltanto all'Autore medesimo.

¹ Cfr. R.D. 12 marzo 1936, n. 375

da i profili pubblicistici del credito, ha ripreso quota tornando di estrema attualità giuridica, in Europa ed in Italia soprattutto dopo la crisi finanziaria del 2008.

L'edificazione giuridica fondamentale è dovuta a Massimo Severo Giannini, che aveva fissato due elaborazioni concettuali in materia di profili pubblicistici del credito: la prima, si reggeva sull'assunto che l'esercizio del credito rivestisse i caratteri propri del servizio pubblico, la seconda attribuiva al settore del credito il carattere di ordinamento sezionale, derivato da quello generale, ma autonomo e produttivo di effetti giuridici interni². Giannini traeva alcune considerazioni sistematiche di ordine giuridico, muovendo dall'analisi dell'impianto normativo, in materia bancaria e creditizia, disegnato prima dalla legge bancaria del '36, integrato dalla l. 7 marzo 1938, n. 141, la quale all'art. 2, comma 1, affermava risolutamente che «la raccolta del risparmio fra il pubblico, sotto ogni forma, e l'esercizio del credito, sono funzioni d'interesse pubblico». Queste ultime restituivano un assetto della disciplina in cui le funzioni creditizie potevano essere esercitate soltanto dai soggetti ai quali era riconosciuto tale potere, ovvero previa autorizzazione o concessione e in cui lo Stato presupponeva la conoscenza dei soggetti che esercitavano l'attività creditizia, mediante l'istituzione di un apposito albo. Infine nell'ordinamento creditizio di allora vigeva un regime dominato da ingerenze, operate sui medesimi soggetti esercitanti l'attività bancaria, nelle forme dei controlli, ordini, ispezioni, direttive, disposizioni da parte di organi dello Stato. Questi ultimi tratti hanno identificato, ad avviso di Giannini, a livello empirico, l'esercizio privato di pubbliche attività³, che connotavano la natura propria dell'attività bancaria. Non essendo quest'ultima attività rientrante tra quelle connesse strettamente all'esercizio della sovranità statale era, pertanto, da ascrivere alla categoria dei pubblici servizi.

Nell'ampio studio condotto da Mario Nigro emergevano almeno tre concetti di servizio pubblico, ovvero i moduli organizzativi di pubblicizzazione, con riferimento alla qualificazione dell'attività creditizia, tanto in senso oggettivo, che costituivano il portato del sistema di controllo istituito dalla legge bancaria del 1936 e dalle leggi sui crediti speciali, quanto sul piano più tradizionale, quello soggettivo, attraverso il conferimento della personalità pubblica a soggetti esercenti l'attività creditizia e l'erogazione del credito attribuita ad organi statali. Infi-

² Cfr. M.S. Giannini, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia (1939)*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, III, Milano, 2002, 1 ss. Sull'evoluzione della disciplina in materia creditizia si v. tra tutti G. Vignocchi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1974.; P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; Aa.Vv., *Il diritto del mercato finanziario alla fine degli anni 80*, in R. Costi (a cura di), Milano, 1990; A. Predieri, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel paradigma della concorrenza comunitaria*, Milano, 1992.

³ Cfr. G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, II, 3, Milano, 1920, 411 ss.

ne, il terzo modulo di pubblicizzazione, evidenziato da Nigro, era quello formale, ovvero riguardante le forme del concreto esercizio del credito, sottoposto a regole precise circa le condizioni economiche e quelle di operatività nel settore⁴. Nigro sottolineava, infatti, che sotto il profilo oggettivo la disciplina dell'attività bancaria (e forse anche quella dell'intera attività creditizia), integrava i requisiti propri del servizio pubblico. Prescindendo sia dalla natura dei soggetti che esercitano tali attività, sia dal nesso che intercorreva tra le attività svolte e gli interessi della collettività, la qualifica di servizio pubblico in senso oggettivo si fondava unicamente sull'individuazione di talune attività secondo un determinato tipo di disciplina, nel riconoscimento della piena coincidenza tra la fattispecie «servizio pubblico» e l'attività economica destinata, attraverso programmi, controlli imposti *ex lege* preordinati al perseguimento di finalità sociali nell'accezione proposta dall'art. 41 Cost. Appare lecito in ogni caso dubitare circa l'accezione soggettiva di servizio pubblico, con riferimento all'attività bancaria e creditizia in generale. Siffatta accezione trovava, infatti, la propria legittimazione da un lato dalla natura pubblica dei soggetti esercenti l'attività medesima e dall'altro dalla destinazione del servizio alla soddisfazione di interessi individuali. Le perplessità sono giustificate dal fatto che, le finalità della disciplina pubblicistica del settore creditizio dei programmi e controlli in cui essa si estrinsecava, fossero quelle di soddisfare interessi individuali. La finalità era tutt'altra, ad avviso di Nigro, perché posta a tutela della sicurezza e della certezza del risparmio, costituzionalmente protetto dall'art. 47 Cost.⁵, nonché principio cardine della costituzione economica⁶, con l'intento di attuare la direzione dell'economia e del progresso sociale. L'accezione di servizio pubblico all'attività bancaria e creditizia più in generale era giustificata, secondo Nigro, soltanto se letta in senso oggettivo, giacché se le si fosse attribuita la qualificazione in senso soggettivo si sarebbero avuti al più soltanto frammenti di servizio pubblico.

In conclusione Nigro individuava alcune prospettive di possibile evoluzione e trasformazione del settore bancario, scorrendo alcuni fattori dirimenti di instabilità, tra cui risaltava quello relativo all'«evolversi dei rapporti internazionali»⁷.

⁴ M. Nigro, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, 105 ss., secondo il quale «la qualificazione di servizio pubblico è giustificata solo se si da alla nozione un senso oggettivo. Se le si da il valore tradizionale, al più si hanno dei frammenti di servizio pubblico».

⁵ Sul punto si v. R. Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impresa soc.*, 2018, 3, 395 ss., per il quale a proposito della nozione di risparmio di cui all'art. 47 Cost. l'orientamento della dottrina prevalente non estende la tutela a tutte le forme di risparmio, bensì limita le ipotesi di tutela soltanto a quelle in cui il risparmio sia impegnato nell'attività di finanziamento di attività economiche.

⁶ Cfr. F. Merusi, sub *art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, III, Bologna, 1980, 153.

⁷ M. Nigro, *op. cit.*, 120 ss., ad avviso del quale «la cooperazione sempre più stretta fra le economie e le politiche monetarie dei vari paesi» avrebbe generato significative conseguenze «per la sostanza della politica del credito» e «per la stessa organizzazione del credito».

Sotto quest'ultimo profilo, che ha prevalso decisamente sugli altri, hanno assunto rilevanza assoluta le istituzioni europee e la loro politica di intervento, che a partire dalla metà degli anni '80, hanno contribuito significativamente a delineare un nuovo quadro giuridico per l'attività bancaria, con la dequotazione del tasso di pubblicizzazione dell'intero sistema⁸.

È scomparso così, quasi integralmente, lo "Stato banchiere" sul presupposto del riconoscimento del carattere imprenditoriale privatistico dell'attività creditizia e della sua collocazione in un mercato concorrenziale. Si è così passati così da un mercato assoggettato all'indirizzo politico di settore da parte dell'autorità di vigilanza bancaria, e sotto l'influsso determinante del portato giuridico comunitario, prima con l'approvazione nel 1989 della seconda direttiva comunitaria di coordinamento in materia creditizia⁹, e poi con l'adozione del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo Unico bancario, ad un mercato retto dal principio della neutralità. Quest'ultimo è stato inteso come riduzione dello spazio di governo politico in materia creditizia, sempre da considerare in relazione all'assetto organizzativo scelto delle imprese creditizie e la cui disciplina è stata sussunta in un ambito regolato da autorità tecniche¹⁰. Si è imposta così l'idea dello "Stato regolatore", che non predetermina i risultati *ex post*, ma fissa *ex ante* i presupposti degli ambiti dell'iniziativa privata ed esercitava la vigilanza prudenziale. Alla fine degli anni '90 a livello internazionale (Stati Uniti d'America e Regno Unito) è entrato in crisi anche il modello dello "Stato regolatore" facendo spazio sempre di più a modelli di *self-regulation*, improntati ad un tasso di pubblicizzazione decisamente basso delle attività creditizie e più in generale finanziarie. Tuttavia, lo sviluppo delle forme di autocontrollo degli intermediari, ovvero di autoregolamentazione dei mercati, hanno subito una battuta di arresto repentina proprio in conseguenza dello scoppio della crisi finanziaria dei mercati nel 2007 negli Stati Uniti d'America. Quest'ultima ha fatto emergere l'assoluta incapacità del sistema finanziario di autoregolarsi risultando insufficiente una *policy* incentrata solo sulla *disclosure*, fondata sulla fiducia nella autodisciplina del mercato, sottoposta peraltro a seve-

⁸ G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 430.

⁹ Cfr. Direttiva 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989 concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della Direttiva 77/780/CEE, emanata dal Consiglio, del 12 dicembre 1977 c.d. Prima direttiva. A sua volta la predetta direttiva era stata preceduta dal primo provvedimento in materia di mercato unico bancario, la Direttiva 73/183/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1973, sulla soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari.

¹⁰ Sull'evoluzione dall'indirizzo politico del mercato bancario alla regolazione neutrale si v. D. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla "neutralizzazione" dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 189 ss.

re critiche¹¹. Si sono così aperte le porte ad un processo di ri-regolazione piuttosto rigido contestuale all'implementazione dei modelli e dei poteri di vigilanza¹².

La crisi finanziaria degli Stati Uniti d'America, iniziata alla fine del 2007 e diffusasi rapidamente anche in Europa, ha posto il tema con forza della necessità dell'intervento pubblico, ai fini di approntare misure di salvataggio e di sostegno al sistema bancario e finanziario in senso lato. Negli Stati Uniti d'America è stato adottato a livello legislativo l'*Emergency Economic Stabilization Act of 2008* per la stabilizzazione economica, attivando politiche di salvataggio, e mettendo a carico del bilancio federale pubblico perdite private, statalizzando beni e titoli ed infine nazionalizzando istituti di credito. A seguito della crisi del 2008 il tasso di pubblicizzazione del sistema è tornato a crescere, sul presupposto che lo Stato potesse ergersi a soggetto salvatore¹³ e successivamente a facilitatore¹⁴ del sistema economico-finanziario¹⁵. L'aumento del tasso di pubblicizzazione, che si è tradotto anche nell'ipertrofia regolativa, è dovuto a due fattori: il primo è sicuramente rappresentato dall'emergenza della crisi o da altre situazioni *extra ordinem* ed il secondo dalla sfiducia comune nella legge e nelle fonti tradizionali del diritto¹⁶. I tratti così emergenziali ed eccezionali della crisi economico-finanziaria, se non hanno mutato ontologicamente la struttura dell'impresa bancaria, hanno però fatto emergere la preminenza degli interessi pubblici, rispetto a quelli ordinari dell'attività economica, facendo perno sul fallimento del mercato.

Se l'interesse pubblico è diventato la ragione fondante dell'intervento dei pubblici poteri per regolare in modo massiccio in chiave pubblicistica l'attività bancaria, ciò di per sé non rivela di per se stesso la qualificazione dell'attività bancaria in chiave di servizio pubblico o di servizio d'interesse generale¹⁷. Come ha ricordato un'autorevole voce della dottrina spagnola, il dibattito circa la qualifica-

¹¹ Una critica decisa al modello di *self-regulation* è stata mossa da parte di Guido Rossi, che già prima della crisi del 2007 (*Prefazione* a P. Stella, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, IX) osservava come «la più recente moda travolgente indica nell'autoregolamentazione il miglior medicamento; mentre l'altro è quello dell'*enforcement*, cioè dell'applicazione effettiva delle norme poste a tutela degli investitori e degli azionisti di minoranza e, in definitiva, dell'efficienza dei mercati finanziari. La molteplicità delle norme [...] non produce alcun effetto se esse non vengono poi applicate, cioè se difetta l'*enforcement*».

¹² Sul punto si v. tra gli altri D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2009, 45 ss.; F. Capriglione, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Padova, 2009, 119; F. Merusi, *Variazioni su crisi economica e regolazione*, in *Dir. econ.*, 2010, 623 ss.; F. Vella, *Realtà e prospettive del mercato unico dei servizi finanziari dopo la crisi*, in Id. (a cura di), *Banche e mercati finanziari*, Torino, 2009, 1 ss.

¹³ Il riferimento è a G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.

¹⁴ Il riferimento è a G. Sciascia, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 413 ss.

¹⁵ Come osservato da D. Siniscalco, *Governi alle porte. Crisi del debito e fondi sovrani*, in *Mercato conc. reg.* 2008, 75; Aa.Vv., in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012.

¹⁶ M. Dugato, *L'attività bancaria e il servizio pubblico*, in *Banca impresa soc.*, 2018, 3 ss.

¹⁷ *Ibidem*, 10.

zione dell'attività bancaria tanto in Spagna quanto in altri Paesi europei ha assunto, inevitabilmente, i contorni e la sostanza di tipo extra giuridico, implicando considerazioni di ordine strettamente politico e dunque discrezionale¹⁸.

Le ragioni di una rinnovata attualità dei profili pubblicistici del credito, a distanza di cinquant'anni dall'opera di Mario Nigro, risiedono essenzialmente nella inscindibile relazione che l'attività bancaria ha stabilito in maniera crescente con l'interesse pubblico.

Le legislazioni adottate dagli Stati nazionali per rispondere alla crisi, hanno riservato all'intervento pubblico nell'economia e segnatamente nel sistema bancario un posto di assoluta preminenza, delineando almeno quattro moduli di pubblicizzazione: a) finanziaria (aumentando la liquidità a disposizione dei soggetti creditizi e intermediari finanziari e garantendo l'esposizione debitoria); b) proprietaria (acquistando azioni o sottoscrivendo aumenti di capitali da parte dello Stato o di soggetti pubblici, non mutando, tuttavia, la natura privatistica-commerciale dell'ente bancario o finanziario ma soltanto sostituendo l'identità dell'azionista); c) funzionale (utilizzando il finanziamento pubblico per la sottoscrizione di obbligazioni e titoli speciali al fine di accrescere il capitale dell'ente bancario o finanziario); d) regolamentare (con lo scopo di rafforzare la vigilanza pubblica sul settore bancario e finanziario estendendone l'ambito di intervento)¹⁹.

I primi tre sono di natura precaria, temporanea e rivestono il carattere dell'eccezionalità. Il quarto modulo di pubblicizzazione, attuato mediante la via regolatoria, tende a modificare l'assetto strutturale della vigilanza sui mercati finanziari più in generale, al fine di prevenire altre crisi di natura sistemica, attraverso l'implementazione degli strumenti giuridici a protezione della stabilità finanziaria²⁰ dei risparmiatori perlopiù, attraverso, forme di programmazione amministrativa *ex ante* delle dimensioni e degli assetti del settore creditizio.

Ponendo l'attenzione circa il rapporto tra soggetto vigilante e soggetti vigilati, è interessante osservare alcune evoluzioni, che permettono di cogliere come il mutamento dell'approccio di regolazione *post* crisi 2008, abbia determinato un cambiamento della natura giuridica delle obbligazioni bancarie e dall'altro un'indebita e pervasiva estensione dei poteri regolatori (che non hanno limitato la propria azione al patrimonio bancario). Lo stesso mutamento dell'approccio di regolazione ha inciso parimenti autoritativamente anche sui diritti di soggetti terzi, rispetto al

¹⁸ J. Ponce Solé, *Bancos privados y servicios de interés general. La directiva 2014/92UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de julio del 2014, y el acceso a cuentas de pago básica*, in J.M. Bnaos Leòn (a cura di), *Memorial para la reforma del Estado*, III, Madrid, 2016, 2385 ss.

¹⁹ Si v. G. Napolitano, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici*, cit., 429 ss.

²⁰ Sulla stabilità finanziaria quale obiettivo che informa l'attività legislativa a livello europeo si v. tra gli altri R. D'Ambrosio, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'unione sui mercati finanziari, SEVIF e Unione bancaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1469 ss.

rapporto tra vigilanti e vigilati, come testimonia la partecipazione degli obbligazionisti a seguito dell'esercizio di nuovi poteri di vigilanza. L'assimilazione delle obbligazioni bancarie alle azioni delle stesse società emittenti il prestito, sotto l'aspetto della struttura giuridica della remunerazione dell'investimento, che appare determinata dall'esigenza di perseguire l'interesse pubblico alla stabilità patrimoniale dell'assetto degli intermediari e del sistema complessivamente inteso, rivela come l'interesse pubblico alla stabilità divenga preminente rispetto anche alla fisiologica e ordinaria esplicitazione dell'autonomia privata nel settore bancario²¹.

L'espansione della funzione di regolazione bancaria, che ha aperto le porte alla vigilanza, al controllo ed infine all'esercizio del potere sanzionatorio, costituisce il paradigma forse più significativo del fenomeno descritto e parimenti la causa principale della diffusione dell'azione dei pubblici poteri, che, sul presupposto della tutela dell'interesse pubblico, ingeriscono direttamente nel sistema economico-finanziario. Quest'ultimo interesse è identificato nella solidità e stabilità complessiva del sistema finanziario, o più dettagliatamente nell'adeguato svolgersi della funzione sociale propria dell'attività bancaria, che richiede l'intervento correttivo dei pubblici poteri, atteso il fallimento del mercato, di per sé non in grado di soddisfare i predetti interessi pubblici in via autonoma e soprattutto in maniera adeguata²².

La dimensione della regolazione pubblicistica nell'intermediazione finanziaria è articolata, nel contesto attuale, su tre livelli: il primo ha carattere globale e si rivela da un lato nella produzione pervasiva di linee guida, principi, documenti di *policy* e atti d'indirizzo e di standardizzazione perlopiù adottati da amministrazioni globali, *network* transnazionali e dall'altro nelle forme di assistenza finanziaria agli Stati che travalicano la dimensione nazionale; il secondo ricomprende un ambito più circoscritto individuabile in un'area sovranazionale, ovvero nel mercato unico dell'Unione Europea (UE) in cui si assiste all'introduzione di meccanismi specifici, funzionali al conseguimento di obiettivi perlopiù legati alla stabilità del quadro economico-finanziario; il terzo livello individua un ambito nazionale in cui i moduli di pubblicizzazione sono molteplici, in parte frutto di processi endogeni, ma in larga parte precipitato di vincoli esogeni, che hanno favorito la trasformazione delle funzioni e delle finalità delle istituzioni sia ministeriali sia di controllo²³.

La trattazione che seguirà avrà ad oggetto l'analisi dei profili pubblicistici del credito sotto il profilo degli stili di regolazione e più in generale delle politiche pubbliche attivate, sia a livello sovranazionale, con la vigilanza prudenziale e la procedura di risoluzione delle crisi bancarie, sia a livello nazionale con l'esem-

²¹ Cfr. D. Siclari, *Gli intermediari finanziari tra regole di mercato e interesse pubblico*, Napoli, 2011, 165 ss.

²² M. Dugato, *op. cit.*, 4 ss.

²³ G. Sciascia, *op. cit.*, 417.

plificazione di alcune esperienze nazionali, che hanno richiesto l'intervento statale, modulato attraverso diverse forme e differenti paradigmi e presupposti.

2. *I profili pubblicistici del credito nello spazio europeo: l'Unione Bancaria e la sua permanente incompiutezza*

È possibile osservare che tra le prospettive future di sviluppo capaci d'incidere sui profili pubblicistici del credito, risulti tanto emblematica quanto profetica, proprio quella che Nigro all'epoca definiva connessa all'«evolversi dei rapporti internazionali», ovvero il peso preponderante e il ruolo dirimente che in modo crescente dagli anni '80 in avanti, hanno assunto le istituzioni europee. Detto ruolo dirimente si è rivelato attraverso un processo di conformazione delle dinamiche economico-finanziario domestiche associato ad un approccio alla regolazione omnicomprensiva, che ha dato luogo a moduli di pubblicizzazione sia finanziaria sia proprietaria. È utile ricordare che il processo di integrazione europea, proprio in ambito economico-finanziario, di cui l'Unione bancaria rappresenta uno dei punti di sintesi maggiormente avanzati (dopo l'Unione monetaria) ed un modello di integrazione amministrativa del tutto inedito²⁴, non procede per composizione bensì per accentrimento²⁵. Dopo l'adozione della moneta unica, nel giugno 2012 di fronte alla crisi finanziaria e dei debiti sovrani dell'eurozona²⁶ che ha messo a rischio la tenuta dell'Unione monetaria, si è radicata la percezione che, senza strumenti adeguati a gestire la crisi ed a condividere i rischi a livello finanziario, poteva essere messa in discussione la stessa sopravvivenza dell'Unione monetaria.

La crisi della Grecia del 2010 ha acceso il faro sui difetti che l'Unione monetaria aveva in sé ed ha puntato i riflettori sui debiti pubblici degli Stati, come l'Italia (che detiene il debito sovrano più significativo nell'eurozona), ma anche sul debito accumulato dal settore privato. Dinanzi alla crisi finanziaria e dunque all'evaporazione della liquidità e del credito, che hanno investito l'attività bancaria, gli Stati nazionali hanno deliberato interventi di sostegno statale alle crisi, ricorrendo all'indebitamento e aggravando così il proprio debito pubblico. Si è innescato un circolo vizioso che, all'aumento della crisi bancaria, ha registrato una spirale perversa che ha determinato l'aumento inconsulto del debito sovrano

²⁴ Sull'Unione bancaria, quale inedito modello di composizione amministrativa si v. tra tutti M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Torino, 2018.

²⁵ L. Torchia, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 55.

²⁶ Sulla crisi dei debiti sovrani si v. M. Ruffert, *The European debt crisis and European Union Law*, in *Common Market Law review*, 2011, 48, 1785 ss.

degli Stati aderenti alla moneta unica²⁷. Nei Paesi più esposti, la crisi bancaria ha generato crisi del debito sovrano. Oltre alla Grecia anche altri Paesi, quali Irlanda, Spagna, Portogallo e Cipro hanno beneficiato del programma di assistenza finanziaria predisposto dal Meccanismo Europeo di Stabilità (*European Stability Mechanism* - ESM)²⁸. Quest'ultimo si configura come un'organizzazione istituita nel 2012 sulla base di un Trattato intergovernativo per fornire assistenza finanziaria ai Paesi aderenti alla moneta unica nel caso in cui fosse indispensabile ai fini della salvaguardia della stabilità finanziaria dell'area valutaria globalmente intesa e dei suoi Stati membri. Alla fine del 2011 l'incidenza degli interventi sul debito pubblico ammontava al 48% del PIL in Irlanda, all'11% in Germania, al 7% nei Paesi Bassi ed in Belgio, mentre in Italia era pari ad appena lo 0,2%. Tra la fine del 2012 e l'inizio del 2013, in Spagna ai fini della ricapitalizzazione del sistema bancario, in conseguenza della crisi, occorsa per via dello scoppio della bolla immobiliare, che per oltre dieci anni aveva sostenuto la crescita del Paese, è stato costituito il *Fondo de reestructuración ordenada bancaria* (FROB)²⁹ una società di gestione degli attivi deteriorati, ascritti in larga parte al settore dell'edilizia. L'istituzione di quest'ultimo strumento giuridico, con l'obiettivo di sanare il sistema bancario spagnolo, ha rappresentato la base dell'accordo raggiunto con la Commissione Europea, la quale ha posto l'istituzione del FROB quale *conditio sine qua non*, al fine di autorizzare l'erogazione degli aiuti europei pari a cento miliardi di euro a favore del governo iberico. Alla fine del 2012 è stata creata una società di capitali la *Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria S.A.* (SAREB)³⁰, in sostanza una c.d. *bad bank*, per cooperare nello sviluppo dei processi di ristrutturazione o risoluzione delle entità creditizie ed al fine di tutelare l'economia spagnola e i risparmiatori. La società è stata dotata di risor-

²⁷ Cfr. Banca d'Italia, *Che cosa cambia nella gestione delle crisi bancarie*, in www.bancaditalia.it, 2015 secondo cui «I dati Eurostat indicano che, alla fine del 2013, gli aiuti ai sistemi finanziari nazionali avevano accresciuto il debito pubblico di quasi 250 miliardi di euro in Germania, quasi 60 in Spagna, 50 in Irlanda e nei Paesi Bassi, poco più di 40 in Grecia, sui 19 in Belgio e Austria e quasi 18 in Portogallo. In Italia il sostegno pubblico è stato di circa 4 miliardi, tutti ormai restituiti».

²⁸ Si v. G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 461 ss.

²⁹ Il FROB, istituito a mezzo del Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, è un ente di diritto pubblico che ha il compito di gestire la ristrutturazione e la risoluzione degli istituti creditizi spagnoli in difficoltà. Per un'approfondita analisi sulla natura giuridica del FROB, dei suoi poteri e funzioni si v. R. Fernandez, *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: naturaleza, estructura y régimen jurídico*, in J.C. Tlejedor Bielsa, I. Fernandez Torres (a cura di), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Pamplona, 2014, 28 ss.; J. Sanchez-Calero, *El Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria: competencias mercantiles*, in J. C. Tlejedor Bielsa, I. Fernandez Torres (a cura di), *La reforma bancaria en la Unión Europea y España*, Pamplona, 2014, 46 ss.

³⁰ Cfr. *Real Decreto* 1559/2012 de 15 de noviembre. Per non violare le disposizioni Eurostat, che disciplinano la possibilità di escludere dal bilancio dello Stato il debito emesso dalla Società di Gestione degli Attivi, la disciplina speciale approntata ha vietato ai soggetti pubblici di detenere una partecipazione all'interno di SAREB superiore al 50% del capitale e pertanto la partecipazione pubblica nella società, interamente detenuta dal FROB, è limitata al 45%, mentre il 55% è ripartito tra ventuno società private.

se proprie per 4,8 miliardi di euro, mentre l'ammontare necessario per acquisire la restante parte degli attivi è stato raccolto tramite l'emissione di debito *senior* garantito a livello statale. La particolarità della c.d. *bad bank* spagnola risiede nella sua obbligatorietà ovvero rispetto ad altre tipologie, il legislatore spagnolo ha inteso disciplinare tanto quali dovessero essere le entità trasferenti, quanto le categorie di attivi oggetto di trasferimento³¹.

Nello spazio europeo davanti all'emergenza citata si è assistito alla proliferazione di iniziative di salvataggio di istituti bancari da parte degli Stati nazionali, che hanno accentuato marcatamente i profili pubblicistici degli assetti creditizi nazionali, con conseguenze incisive anche sugli assetti istituzionali e amministrativi statali³². La Banca Centrale Europea (*European Central Bank, BCE*) nel 2012 ha iniziato ad operare per la stabilità finanziaria nell'eurozona, assumendo la funzione di prestatore di ultima istanza, vietata dal TFUE, ma poi avallato dalla Corte di Giustizia dell'UE³³, storicamente affidato alle banche centrali nazionali, inoltrandosi nell'attuazione di politiche di condizionabilità e predisponendo quindi operazioni di *Outright Monetary Transaction* (OMT)³⁴, ovvero di *Quantitative Easing* (QE)³⁵ dal 2015, che si sono concretizzate in politiche praticate sul collaterale sui titoli di Stato con programmi di assistenza finanziaria. Sono state varate alcune risposte: nel 2010 è stato istituito il c.d. fondo salva stati (*European Financial Stability Facility - EFSF*) costituito a mezzo di una società di diritto lussemburghese, autorizzata ad intervenire come prestatore per i Paesi in difficoltà finanziaria operando sui mercati primari e secondari del debito. Nel 2012 l'EFSS è stato sostituito dal Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (*European Financial Stabilisation Mechanism - EFSM*), dal 2013 assorbito nell'ESM, la cui compatibilità con il Trattato è stata confermata anche da un'intensa attivi-

³¹ Per un'analisi più approfondita si v. M. Lungarella, *La gestione dei crediti in sofferenza in quattro Paesi europei*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 631 ss.

³² Sulle conseguenze prodotte dalla crisi dal punto di vista della modifica degli assetti istituzionali e amministrativi si v. G. Vesperini, *La crisi e le nuove amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 695 ss.; G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012.

³³ L'attività di prestatore di ultima istanza, sarebbe vietata dagli artt. 123 e 125 TFUE, intendendosi riferiti all'acquisto diretto al momento dell'emissione tramite un'asta, perché la BCE a livello statutario è autorizzata soltanto a ad operare immettendo o ritirando liquidità dal sistema bancario, acquistando o vendendo titoli contro moneta. Tuttavia la CGUE, Grande Sezione, 16 giugno 2015, causa c-62/2014, *Peter Gauweiler e a. vs Deutscher Bundestag*, ha legittimato l'operato della BCE asserendo la compatibilità del programma di acquisto dei titoli di Stato sui mercati secondari con il diritto dell'UE.

³⁴ L'OMT consiste in un sistema di operazioni, mai stato utilizzato per la verità, tendenti all'acquisto illimitato di titoli di Stato sul mercato secondario emessi da Paesi che avevano aderito ad un programma di assistenza finanziaria con l'EFSS o l'ESM.

³⁵ Il QE consiste nell'acquisto di titoli pubblici e privati con un programma di riduzione dei rischi, in cui le banche centrali nazionali acquistano i debiti pubblici nazionali, lasciandone una quota alla BCE con una percentuale stabilita di garanzia condivisa per le perdite.

tà giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea³⁶. Quest'ultimo, ha garantito un sistema di finanziamento permanente agli Stati in difficoltà ed ha introdotto un sistema di vincoli e controlli rafforzati sulle politiche di bilancio degli Stati membri (*Six Pack*, *Two Pack* e *Fiscal Compact*). Accanto all'ESM l'altro strumento che l'UE ha individuato, quale risposta efficace alla crisi, è stata l'Unione bancaria. L'*escalation* di tali misure aveva quale obiettivo l'interruzione del circolo vizioso tra crisi bancaria e crisi del debito sovrano nonché l'inversione dell'autentico tracollo dell'integrazione bancaria e finanziaria, in atto nel mercato interno (già in corso al momento dello stadio iniziale della crisi del 2008 con il fallimento negli Stati Uniti d'America della *Lehman Brothers*). L'Unione bancaria è sorta pertanto con le dichiarate finalità di: a) accrescere la solidità del settore bancario e la sua capacità di prevenire e fronteggiare eventuali crisi future; b) adottare criteri omogenei in materia di vigilanza, risanamento e risoluzione delle banche; c) evitare il salvataggio delle banche in difficoltà con oneri a carico delle finanze pubbliche (c.d. *bail out*); d) rafforzare la stabilità finanziaria nell'UE.

L'intervento ad opera dei pubblici poteri si è caratterizzato per una vera e propria *escalation*, ovvero un crescendo di misure culminate nell'adozione di forme stabili di regolazione, rispondenti al modello paradigmatico della pubblicizzazione regolamentare³⁷. L'Unione bancaria si è posta come risposta obbligata a tali esigenze, restando tuttavia una costruzione ancora incompiuta, per la mancanza di meccanismi di condivisione dei rischi finanziari, rappresentato dall'operatività di un sistema comune di assicurazione dei depositi (*European Deposit Insurance System*, EDIS)³⁸. I tre pilastri che compongono l'assetto dell'Unione bancaria sono: il Meccanismo di vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism*, SSM), il Meccanismo di risoluzione unico (*Single Resolution Mechanism*, SRM), infine il citato sistema unico di garanzia dei depositi, non ancora operativo³⁹. Il negozia-

³⁶ Si v. sul punto B. Raganelli, *La vigilanza finanziaria europea al vaglio delle Corti*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 369 ss., secondo la quale l'istituzione dell'ESM, è stata resa possibile da un'apposita modifica dell'art. 136 TFUE, sulla cui validità ha avuto modo di pronunciarsi anche la CGUE, 27 novembre 2012, causa c-370/2012 *Thomas Pringle c. Gouvernement of Ireland e a.* La Corte di giustizia dell'UE ha, infatti, accertato la validità della decisione 2011/199/UE e ha ritenuto che le disposizioni del TUE e del TFUE nonché il principio generale di tutela giurisdizionale effettiva non ostano alla conclusione e alla ratifica del Trattato sull'ESM, riconoscendo l'esistenza di una competenza in capo agli Stati membri a concludere un Trattato al di fuori dell'Unione europea.

³⁷ G. Sciascia, *op. cit.*, 426.

³⁸ Sul punto cfr. Parlamento europeo, *Relazione sull'Unione bancaria - relazione annuale 2018 (2018/2100(INI))*, 3 dicembre 2018, A8-0419/2018, in www.europarl.europa.eu che «sottolinea l'importanza dell'impegno a favore del processo di completamento dell'Unione bancaria e la necessità di garantire apertura e parità di trattamento a tutti gli Stati membri che vi partecipano; ricorda che è necessario proseguire con il completamento dell'Unione bancaria, che comprende un sistema europeo di assicurazione dei depositi e un sostegno fiscale per il Fondo di risoluzione unico, nonché con l'adozione di misure volte a ridurre i rischi, il che contribuirà ad accrescere ulteriormente la stabilità finanziaria e le prospettive di crescita».

³⁹ Sul sistema comune di garanzia dei depositi si v. tra gli altri S. Maccarone, *I sistemi di garanzia dei depositi nel contesto regolamentare europeo*, in M. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa,

to sulla proposta di regolamento formulata dalla Commissione⁴⁰, introdurrebbe un sistema comune di assicurazione dei depositi, per ridurre la vulnerabilità dei depositi bancari, rispetto a *shock* locali di grande portata e per attenuare il legame tra fiducia nelle banche e quella nei loro emittenti sovrani nazionali. Lo schema di assicurazione dei depositi, caratterizzato da un negoziato lungo e complesso⁴¹, tuttora in corso, dovrebbe permettere il rimborso i piccoli depositanti di banche soggette a procedure di liquidazione attraverso l'esborso di denaro proveniente dal resto del sistema bancario e non direttamente dai contribuenti.

Gli sviluppi della crisi del 2008, hanno riproposto, anche negli strumenti efficacemente adottati a livello europeo per farvi fronte, prima fra tutte l'Unione bancaria, alcuni paradossi e alcune antinomie apparentemente non risolvibili, quali la complessità del rapporto tra politica e autorità indipendenti: da un lato si è registrato, infatti, come si dirà più oltre affrontando i profili del SRM (*infra* par. 3), un alto tasso di discrezionalità politica, in cui la Commissione ha assunto un primato decisivo, nell'ambito delle scelte che implicano la risoluzione delle crisi bancarie, e dall'altro si è assistito ad un rafforzamento della regolazione spettante alle autorità amministrative indipendenti, come testimonia l'istituzione nel 2010 delle agenzie, tra le quali la più significativa in relazione al settore bancario è l'Autorità Bancaria Europea (*European Banking Authority*, EBA) ed il conferimento di rilevanti poteri di vigilanza prudenziale alla BCE⁴². Nel rapporto tra tecnica (che rappresenta l'elemento prevalente nell'assetto attuale della *governance* dell'Unione bancaria) e politica (ovvero Commissione, Consiglio e Stati mem-

2016, 573 ss.

⁴⁰ Cfr. Commissione Europea, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi, COM/2015/0586 final - 2015/0270 (COD), 24 novembre 2015, in www.eur-lex.europa.eu. La proposta di regolamento propone l'istituzione di un sistema comune di assicurazione dei depositi bancari (*European deposit insurance system*, EDIS), come terzo pilastro dell'Unione bancaria, in tre fasi successive: un sistema di riassicurazione per gli SGD nazionali partecipanti, per un primo periodo di tre anni, un sistema di coassicurazione per i fondi nazionali ed i fondi di tutela (*Deposit Guarantee Schemes*, DGS) ovvero i Sistemi di Garanzia dei Depositi (SGD) partecipanti, per un secondo periodo di quattro anni, e a regime un sistema di assicurazione completa per i SGD nazionali. Un SGD nazionale può beneficiare dell'EDIS solo se i suoi fondi sono costituiti secondo un preciso iter di finanziamento e se rispetta comunque le disposizioni fondamentali previste dal diritto dell'Unione. Il SRB, che sarà ampliato per amministrare l'EDIS, dovrà monitorare gli SGD nazionali e liberare i fondi solo dopo aver verificato il rispetto di condizioni chiaramente stabilite. L'introduzione dell'EDIS sarà accompagnata da misure ambiziose per ridurre parallelamente i rischi nel settore bancario degli Stati membri.

⁴¹ Il negoziato sulla proposta di regolamento relativa all'EDIS, appare oltremodo complesso e complicato. Infatti, alcuni Paesi membri tra i quali la Germania, Finlandia e Austria, hanno richiesto che l'approvazione del sistema comune di assicurazione dei depositi, sia subordinata alla previa approvazione di misure di riduzione del rischio, come l'armonizzazione di altre importanti normative nazionali, quali le leggi fallimentari, la disciplina delle garanzie, alcuni aspetti relativi al trattamento fiscale e, soprattutto, all'introduzione di requisiti prudenziali sui titoli di Stato detenuti dalle banche. In merito alla proposta di regolamento sull'EDIS, al Vertice euro del 14 dicembre 2018 è stata annunciata l'istituzione di un gruppo di lavoro ad alto livello.

⁴² M. Clarich, *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 419.

bri che hanno inteso dare una riposta alla crisi economica e finanziaria) risiede la chiave di volta per l'avanzamento nell'integrazione ancora più compiuta o per l'arretramento del progetto europeo. Il problema dell'equilibrio e della razionalità del rapporto, non deriva da compiti svolti da organi tecnici che, invece, dovrebbero essere appannaggio di soggetti politici, bensì discende da decisioni ad oggettivo contenuto tecnico. Tali decisioni sono rimesse alla discrezionalità di organi politici che deliberano a maggioranza⁴³, come avviene per la Commissione e per il Consiglio, i quali giocano un ruolo centrale nel decretare la risoluzione delle crisi bancarie. Un'attenta dottrina ha segnalato che, nel difficile e complesso equilibrio tra tecnica e politica nell'impianto istituzionale dell'Unione bancaria, le problematiche principali si spostano essenzialmente nell'ambito della legittimazione. Proprio sotto quest'ultimo profilo emergono due interrogativi: da un lato quello che attiene al livello della tecnificazione delle regole, dell'organizzazione dei poteri e dall'altro quello inerente all'aspetto della democraticità⁴⁴, in ordine alle decisioni assunte nell'ambito delle politiche di stabilità finanziaria⁴⁵. È, tuttavia, opportuno segnalare, come ha fatto attenta dottrina⁴⁶, che le procedure di parlamentarizzazione sull'esercizio della funzione amministrativa nell'ambito della vigilanza e della risoluzione sono stati valorizzati dal legislatore europeo anche mediante la stipulazione di accordi interistituzionali⁴⁷. Questi ultimi sono stati finalizzati a corroborare gli obblighi di rendicontazione sull'attività delle autorità dell'Unione bancaria, con l'obiettivo di legittimare il processo democratico-rappresentativo con riferimento a funzioni amministrative in cui risulta prevalente il profilo tecnico.

L'Unione bancaria, che rappresenta pertanto un intricato e complesso sistema a cerchi concentrici e asimmetrici, pare aprire la strada ad un modello istitu-

⁴³ L. Torchia, *op. cit.*, 62.

⁴⁴ Il profilo di democraticità, in ordine alle scelte compiute a livello di politiche di bilancio a livello europeo, è segnato da alcune criticità ravvisabili innanzitutto nei meccanismi decisionali, che si attivano nel procedimento di sorveglianza sui bilanci degli Stati, nei quali rileva la logica intergovernativa, con un ruolo del tutto marginale degli organi politici rappresentativi democraticamente eletti. Quest'ultimo aspetto risulta emblematico se si pone attenzione al ricorso a strumenti giuridici di diritto internazionale (es. Patto Europlus, Meccanismo Europeo di Stabilità ed al c.d. *Fiscal Compact*) che si fondano sul rilievo dell'autonomia decisionale dei singoli Stati membri. Questi ultimi, infatti, pur avvalendosi delle istituzioni proprie dell'UE quali il Consiglio, la Commissione e Banca centrale europea, neutralizzano o comunque rendono marginale il ruolo del Parlamento europeo. Sul c.d. deficit democratico si v. tra gli altri F. Donati, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2013, 2, 1 ss.

⁴⁵ M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 281.

⁴⁶ *Ibidem*, 270-271.

⁴⁷ Si fa riferimento all'*Interinstitutional Agreement between the European Parliament and the European Central Bank on the practical modalities of the exercise of democratic accountability and oversight over the exercise of the tasks conferred on the ECB within the framework of the Single Supervisory Mechanism* (2013/694/EU), in www.eur-lex.europa.eu, ed al *Memorandum of Understanding between the Council of the European Union and the European Central Bank on the cooperation on procedures related to the Single Supervisory Mechanism (SSM)*, in www.ecb.europa.eu.

zionale, fondato sul federalismo e sulla sovranazionalità⁴⁸. Il modello così delineato da un lato rappresenta un fattore indubbiamente foriero di maggiore integrazione tra gli Stati dell'eurozona, per fronteggiare l'emergenza economico-finanziaria, dall'altro segna un passo verso la frammentazione dell'ordinamento giuridico europeo nella sua globalità. Attesa la difficoltà di cristallizzare il modello giuridico di composizione amministrativa vigente nell'Unione bancaria, in continua evoluzione, peraltro del tutto inedito e peculiare rispetto ai modelli precedenti adottati nel processo di integrazione dell'UE, pare potersi affermare che l'Unione bancaria risulta da una combinazione tra i caratteri dell'amministrazione diretta ed alcuni elementi della coamministrazione, disegnando un sistema unico all'interno dello spazio europeo (corrispondente all'eurozona) a trazione sovranazionale⁴⁹. Il sistema amministrativo unico proprio dell'Unione bancaria non si affianca, bensì prende il posto delle amministrazioni nazionali, secondo un'organizzazione di tipo federale, sul modello dell'integrazione in cui «si registra una penetrazione della amministrazione sovranazionale in quelle nazionali e, viceversa, una penetrazione delle amministrazioni nazionali in quella sovranazionale»⁵⁰. Sempre a proposito di Unione bancaria, Sabino Cassese⁵¹ ha osservato che «per comprendere il disegno che si va costruendo, bisogna soffermarsi sulle figure organizzative composite» e che «le figure composite sperimentate all'interno degli Stati presentano i seguenti caratteri: concorso di amministrazioni separate, ma contitolari di funzioni o di parti di funzioni, che vengono conferite ad un'amministrazione comune, alla quale esse contribuiscono anche organizzativamente; integrazione in forma associativa, non ordinabile in forma gerarchica, né in funzione del centro o della periferia, ma in funzione del servizio da svolgere; prevalenza del profilo funzionale su quello soggettivo, che passa in secondo piano, in quanto i soggetti fanno parte dell'organizzazione comune, non viceversa (per cui le amministrazioni composte sono adespote)». Cassese ha parimenti messo in guardia dal rischio di voler ricostruire in modo statico l'architettura finanziaria europea, perché essa stessa non appare «un corpo legislativo stabile, e neppure una legislazione in movimento, bensì un movimento legislativo nel quale per dirla in termini proustiani gli spazi bianchi sono almeno altrettanto quanto quelli scritti».

L'Unione bancaria si pone così in parziale dissonanza rispetto al disegno istituzionale europeo, poco incline alla centralizzazione e alla *reductio ad unum*,

⁴⁸ M. Macchia, *Le nuove funzioni. L'unione bancaria europea*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 176.

⁴⁹ M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 12-13 spec. 227 ss.

⁵⁰ S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami, S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 33.

⁵¹ S. Cassese, *La nuova architettura finanziaria europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, marzo 2014, 19.

anche sotto il profilo economico-finanziario. L'avvento dell'Unione bancaria ha permesso sinora uno straordinario rafforzamento dell'unione monetaria e ha ricondotto a sistema talune debolezze del disegno istituzionale europeo, che la crisi iniziata nel 2008 ha riproposto con tratti di drammatica attualità. Il SSM è ormai un dato acquisito nell'ordinamento europeo con successo, mentre il SRM necessita ancora di qualche chiarimento, a causa dei notevoli profili d'instabilità che hanno generato le citate plurime crisi, soprattutto sotto il profilo dell'esigenza di garanzia per depositanti e investitori, con l'incertezza dovuta alla carenza dell'assicurazione comune dei depositi bancari e di un sistema di condivisione dei rischi d'insolvenza degli istituti bancari⁵². La valutazione dei risultati prodotti dallo sviluppo dell'Unione bancaria, non può prescindere da un giudizio circa il processo di integrazione e unificazione europea, sotto il profilo economico-finanziario, e parimenti da elementi di contesto sia interni sia esterni che ne potrebbero condizionare la sopravvivenza.

Come è stato osservato⁵³, il SSM è da ritenersi la «tappa principale verso una maggiore integrazione economica dopo la creazione dell'Unione economica e monetaria»⁵⁴.

La valutazione in ordine all'esperienza offerta dal SRM è più complessa in quanto il livello di armonizzazione è meno avanzato rispetto all'architettura europea che attiene alla vigilanza. Pertanto il tema della risoluzione delle crisi bancarie presenta aspetti sia di debolezza sia di forza. Tra i punti di forza si ricordano sicuramente la rigida logica della costruzione, ovvero che non è permesso più alle banche alcun azzardo morale, in quanto è richiesta alle stesse una dotazione di capitale decisamente maggiore rispetto al passato e pertanto anche gli azionisti e gli obbligazionisti devono pretendere rendimenti più elevati e ciò implica necessariamente che le banche stesse diventino più redditizie. Tra i punti di debolezza, risalta invece la mancanza di chiarezza, in ordine al *Minimum Requirements for own funds and Eligible Liabilities* (MREL), ovvero il requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili richiesto a ciascuna banca. Quest'ultimo indicatore introdotto attraverso la Direttiva 2014/59/UE *Bank Recovery and Resolution Directive* c.d. BRRD, presenta alcuni punti di contatto, pur avendo natura ed ambiti di applicazione differenti⁵⁵, con un altro indicatore similare, che ne costi-

⁵² S. Micossi, *Dalla crisi del debito sovrano all'Unione bancaria*, in M. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 50.

⁵³ Cfr. S. Rossi, *Unione bancaria: risultati raggiunti e prospettive future*, Wolpertinger Conference, Modena, 30 agosto 2018, in www.bancaditalia.it.

⁵⁴ Cfr. M. Draghi, *Prefazione al Rapporto annuale della BCE sulle attività di vigilanza 2014*, marzo 2015, in www.bankingsupervision.europa.eu.

⁵⁵ Ancorché condividano il medesimo obiettivo, i due indicatori differiscono sotto il profilo della natura e dell'ambito di applicazione. Infatti, mentre il TLAC è rivolto unicamente alle banche a rilevanza sistemiche mondiali, è entrato in vigore a partire dal 1 Gennaio 2019, ed è calcolato sulla base delle attività ponderate per

tuisce la trasposizione a livello globale, introdotto dal *Financial Stability Board* (FSB) nel 2015⁵⁶, il *Total-Loss Absorbing Capacity* (TLAC) e riguardante le banche a rilevanza sistemica globale. Il TLAC consiste essenzialmente in un requisito patrimoniale minimo di passività che possono essere prontamente assoggettate a *bail-in* nel caso di risoluzione dell'istituto bancario. Da questo punto di vista occorrerà calibrare attentamente l'applicazione del predetto criterio, perché dev'essere concesso un tempo ragionevole di adeguamento affinché gli istituti bancari possano soddisfare i parametri richiesti, senza impatti traumatici e dirompenti sulle proprie attività. L'altro profilo di debolezza attiene alla disparità di vedute in merito alla visione di stabilità sistemica, che dalla ricostruzione del SRM sembra addirittura avallare un'idea di rischio sistemico unicamente fondato su dimensioni assolute. Pertanto la vigilanza prudenziale potrebbe valorizzare maggiormente anche la dimensione micro e non appena quella macro, sul presupposto che rivestano eguale rilevanza.

L'architettura generale della *governance* economica europea è stata oggetto di molteplici iniziative di riforma da parte degli Stati membri dell'UE e delle istituzioni europee, come evidenziato in precedenza, soprattutto a seguito della crisi del 2008. Nonostante l'adozione di diverse misure legislative, sotto il profilo finanziario, i progressi in questa direzione sono stati limitati. La proposta della Commissione diretta ad integrare pienamente l'ESM nell'ordinamento istituzionale dell'UE, trasformandolo in un Fondo monetario europeo (FME), non ha trovato il necessario consenso. La riforma dell'ESM è divenuta oggetto pertanto di una soluzione alternativa, che prevede una revisione del Trattato istitutivo dell'ESM, ad oggi ancora *in itinere*, lasciando inalterata la natura di organizzazione intergovernativa del meccanismo, ma con un grado più stretto di integrazione con il SRM⁵⁷.

il rischio (*Risk Weighted Assets* - RWA), il MREL è applicato a partire dal 1 Gennaio 2016 a tutti gli istituti di credito europei a prescindere dalla rilevanza sistemica, con una calibrazione da effettuarsi in relazione ai fondi propri e alle altre passività totali dell'istituto di credito.

⁵⁶ Il *Financial Stability Board* (FSB) è un organismo internazionale istituito in occasione del Summit del Gruppo dei Venti (G-20) tenuto a Londra nell'aprile 2009, come evoluzione del già esistente *Financial Stability Forum* (FSF), allo scopo di promuovere la stabilità del sistema finanziario internazionale, migliorare il funzionamento dei mercati finanziari e ridurre il rischio sistemico, attraverso lo scambio di informazioni e la cooperazione internazionale tra le Autorità di vigilanza, le banche centrali e le principali organizzazioni sovranazionali.

⁵⁷ A seguito del mandato ricevuto dal Vertice euro del 14 dicembre 2018, l'Eurogruppo del 13 giugno 2019 ha raggiunto un accordo su una proposta di riforma dell'ESM, nell'ambito di un più ampio pacchetto di interventi, secondo cui la revisione del meccanismo viene collegata alla definizione di uno strumento europeo di bilancio per la convergenza e la competitività (*budgetary instrument for convergence and competitiveness*, BICC) e al completamento dell'Unione bancaria. Il Vertice euro del 21 giugno 2019 ha preso atto dell'accordo e ha richiesto chiesto all'Eurogruppo di proseguire i lavori in modo da consentire il raggiungimento di un accordo sull'intero pacchetto, nel più breve tempo possibile, così da agevolare prontamente l'avvio del processo di ratifica negli Stati membri. Da ultimo nella riunione in formato inclusivo dell'Eurogruppo del 4 dicembre 2019, è stato raggiunto un accordo di massima sul pacchetto di misure inerenti alla riforma dell'ESM, sulla

Tra le numerose questioni che rimangono ancora aperte, nel cantiere in costruzione dell'Unione bancaria, vi è quella relativa alla predisposizione degli strumenti per assicurare risorse aggiuntive nel caso di necessità straordinarie e di una garanzia fiscale di ultima istanza, ovvero di una rete di protezione pubblica di per fare fronte a crisi sistemiche che investano pezzi rilevanti del sistema bancario dell'Unione bancaria. Da questo punto di vista, il fatto che l'euro sia una moneta senza Stato, accresce il rischio di nuove e più complesse turbolenze finanziarie. Un'altra questione critica concerne l'applicazione degli strumenti di *burden sharing*, in presenza di aiuti di Stato, da parte delle autorità di concorrenza e risoluzione, con rischi evidenti d'instabilità derivanti non solo com'è stato a seguito della crisi del 2008, dell'applicazione del c.d. *bail out*, ma anche dall'attuazione del c.d. *bail in* alle passività riferite ad una singola banca⁵⁸.

Il problema di fondo rimane pertanto la debolezza strutturale dell'Unione monetaria, che è a tutt'oggi priva di una dimensione statale di rango politico, in cui il possibile e sempre in agguato rischio d'insolvenza dei debitori Stati nazionali, non può essere oggetto di assicurazione e di salvaguardia piena fintanto che non si sia portata a compimento l'unione fiscale, che permetta almeno in una qualche forma condivisa e concertata la garanzia dei debiti dei Paesi membri.

Per completare davvero l'Unione bancaria si auspica dunque l'adozione di procedure che definiscano i rapporti tra le istituzioni europee (soprattutto Commissione, Consiglio e BCE), le agenzie europee le autorità nazionali sia di vigilanza sia di risoluzione da un lato ed i governi degli Stati nazionali dall'altro, trasformando la discrezionalità asimmetrica delle scelte in una flessibilità generale di sistema. In alternativa continuerà a permanere un livello, peraltro incompiuto, di

base delle modifiche proposte a giugno 2019. In sostanza le principali modifiche attengono alla possibilità che l'ESM, oltre a sostenere la stabilità dei Paesi aderenti, possa fornire un dispositivo di sostegno (*backstop*) al Fondo di risoluzione unico istituito dal Regolamento UE n. 806/2014, sotto forma di linea di credito rotativo. L'ESM sarebbe destinato a supportare la risoluzione delle crisi, sia con riferimento alle finanze pubbliche degli Stati membri, sia con riferimento alle relative istituzioni bancarie e finanziarie, integrandosi nel quadro del SRM rispetto agli istituti bancari ed alle società di intermediazione mobiliare. Altre modifiche riguardano l'introduzione, a favore dei Paesi richiedenti, che rispettano determinati criteri, di una procedura semplificata per beneficiare di una linea di credito condizionale precauzionale (*Precautionary Conditioned Credit Line*, PCCL). La linea di credito soggetta a condizioni rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line*, ECCL), invece, sarebbe aperta ai membri dell'ESM che non sono ammissibili alla PCCL a causa della non conformità rispetto ai suddetti criteri di ammissibilità, a condizione che la loro situazione economico-finanziaria rimanga solida e presenti un livello di debito pubblico sostenibile. Con la modifica del Trattato istitutivo, verrebbe ridefinito il riparto di competenze fra i soggetti chiamati a garantire l'attuazione del Trattato. Con la riforma dell'ESM, verrebbe, inoltre, specificato che, ove necessario per prepararsi internamente a poter svolgere adeguatamente e con tempestività i compiti attribuitigli dal Trattato, l'ESM può seguire e valutare la situazione macroeconomica e finanziaria dei suoi membri, compresa la sostenibilità del debito pubblico, e analizzare le informazioni e i dati pertinenti. Infine, la riforma del Trattato, introdurrebbe modifiche alle clausole d'azione collettiva con l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2022, per i titoli di Stato dell'eurozona di nuova emissione con scadenza superiore a un anno, anche delle clausole d'azione collettiva con approvazione a maggioranza unica (*single limb CACs*).

⁵⁸ M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2017, 704 ss.

normazione multilivello, articolato in funzione di obiettivi variabili e mobili, che faticherebbe però ad offrire quelle garanzie di certezza, di soddisfazione e di perseguimento di quelle esigenze di stabilità di cui necessita in questo momento più che mai il sistema bancario nel suo complesso⁵⁹.

3. *Il SSM ed il SRM: profili giuridici e rilievi critici sulla vigilanza e la risoluzione*

L'analisi della struttura, dell'organizzazione e del funzionamento dell'Unione bancaria permette di evincere alcune considerazioni circa lo sviluppo di un modello di estrinsecazione del potere pubblico a livello europeo. Non si tratta di un sistema amministrativo che sovverte il tradizionale impianto sistematico, bensì di un cammino giuridico che, fermo restando i principi fondanti, li porta a sintesi superando alcune criticità intrinseche al processo d'integrazione europea⁶⁰. A seguito del recepimento negli ordinamenti interni degli Stati membri degli accordi di c.d. Basilea III⁶¹, che hanno previsto l'introduzione di norme radicalmente nuove per il sistema bancario, a seguito della crisi negli Stati Uniti d'America del 2007, a livello europeo si è assistito al progressivo passaggio all'unificazione della regolamentazione della vigilanza bancaria, in attuazione del progetto di Unione bancaria.

Nel 2010, anche su impulso dei suggerimenti contenuti nel c.d. Rapporto *de Larosière*⁶², è stato introdotto il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) fra gli Stati membri dell'UE composto dall'*European Systemic Risk Board* (ESRB), con competenze in materia di vigilanza macroprudenziale e da tre autorità incaricate del coordinamento della vigilanza prudenziale nei tre settori del mercato finanziario: l'EBA, l'Autorità europea degli strumenti finanziari dei mercati (*European Securities and Markets Authority*, ESMA), l'Autorità euro-

⁵⁹ F. Bassan, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in *Banca impresa soc.*, 2017, 429.

⁶⁰ M. Macchia, *Le nuove funzioni. L'Unione bancaria europea*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano 2018, 176.

⁶¹ Sul tema si v. M. De Bellis, *La riforma della regolamentazione e della vigilanza finanziaria*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, cit., 90 ss.

⁶² La Commissione Europea ha incaricato, nel novembre 2008, un gruppo di esperti di alto livello, presieduto da Jacques de Larosière, di riformulare raccomandazioni su come rafforzare i meccanismi europei di vigilanza. Nella relazione finale presentata il 25 febbraio 2009, il gruppo di esperti ha raccomandato che il quadro di vigilanza fosse rafforzato, per ridurre il rischio e la gravità di crisi finanziarie future, ha raccomandato riforme della struttura della vigilanza del settore finanziario dell'Unione ed ha inoltre consigliato di creare un Sistema europeo delle autorità di vigilanza finanziaria (SEVIF). Detto sistema comprenderebbe tre autorità europee di vigilanza, una per il settore bancario, una per il settore degli strumenti finanziari, una per il settore delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, raccomandando infine l'istituzione di un Consiglio europeo per il rischio sistemico. Sul c.d. Rapporto *de Larosière* si v. tra gli altri M. Occhiena, *La riforma della vigilanza finanziaria dell'Unione europea*, in *Dir. econ.*, 2010, 637 ss.

pea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*, EIOPA)⁶³, interessate da una proposta di riforma, avente ad oggetto un più ampio riordino del SEVIF, ad opera della Commissione nel 2017, sotto il profilo dei poteri, organizzazione interna e modalità di finanziamento, e con riferimento all'ESMA all'attribuzione di nuovi poteri di vigilanza su determinate entità finanziate⁶⁴. Per quanto riguarda il settore bancario, l'EBA è stata concepita come un'autorità volta a promuovere un'uniformità a livello europeo delle norme secondarie, attuative della disciplina comune europea (*single rule book*) e delle prassi di vigilanza (*single hand book*) negli Stati membri dell'UE (anche quelli che non compongono l'eurozona) sempre all'interno dell'obiettivo di conseguire la stabilità finanziaria a livello generale⁶⁵. All'EBA è stata demandata la funzione di vigilanza regolamentare in chiave di armonizzazione, a livello finanziario, ma non l'esercizio della vigilanza prudenziale che dal 2013 è invece stata attribuita alla BCE e questo «è sintomatico della già rilevata natura progressiva [...] del processo di edificazione dell'ordinamento bancario europeo»⁶⁶. La Direttiva 2013/36/UE cd. CRD IV ed il Regolamento UE n. 575/2013 cd. CRR hanno fissato il quadro europeo per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia e per la successiva vigilanza prudenziale, fondato sul principio dell'adeguatezza patrimoniale, che si traduce in requisiti qualitativi e quantitativi per i fondi propri, nel rispetto delle norme derivanti degli accordi internazionali c.d. Basilea III. La centralizzazione del controllo, l'armonizzazione dei criteri e delle modalità applicative delle regole primarie e secondarie degli

⁶³ Cfr. Reg. (UE) n. 1093/2010; n. 1094/2010; n. 1095/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010.

⁶⁴ Per un'analisi circa le proposte di riforma si v. A. Magliari, *La proposta di riforma delle Autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 391 ss.; V. Santoro, *Una nuova architettura europea di vigilanza finanziaria?*, in *Banca impresa soc.*, 2018, 193 ss.

⁶⁵ Si v. R. D'Ambrosio, *op. cit.*, 1474 secondo cui «l'intima relazione tra armonizzazione massima delle regole e delle prassi di vigilanza e perseguimento dell'obiettivo della stabilità finanziaria caratterizza poi l'istituzione delle autorità di vigilanza (*rectius* fondamentalmente, di regolazione) europee. La base legale di dette autorità, l'art. 114 TFUE conferma tale impostazione. La *ratio* dell'istituzione delle autorità di vigilanza europee è, infatti, quella di evitare, tramite appunto l'armonizzazione massima, la *competition in laxity* tra Stati membri e assicurare, per tale via, la stabilità finanziaria».

⁶⁶ M. Lamandini, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca borsa*, 2015, 423 ss., che ravvisa nella mancata attribuzione all'EBA della funzione di vigilanza prudenziale un compromesso politico. In relazione a detto compromesso ha svolto un ruolo decisivo la questione della base giuridica che in virtù dell'art. 114 TFUE, poneva incognite circa la propria tenuta, in relazione alla legittimità di costituzione di agenzie di regolamentazione delegata, attesa la giurisprudenza europea di casi Meroni e Romano. Questi ultimi casi risultavano ostativi al conferimento da parte del legislatore europeo della funzione di vigilanza caratterizzata dalla vincolatività delle decisioni ad un'istituzione non prevista dal Trattato. Di «fattispecie a formazione progressiva» con riferimento all'Unione bancaria ha parlato anche S. Baroncelli, *L'Unione bancaria europea e il meccanismo di risoluzione delle crisi*, in *Quad. cost.*, XXXIV, 2014, 447.

standard a livello di prassi applicative, rappresentano il presupposto del mercato bancario unico da cui è scaturita l'Unione bancaria.

Il SSM, istituito con il Regolamento UE/1024/2013, prevede l'attribuzione alla BCE di un complesso sistema binario di compiti di vigilanza prudenziale⁶⁷ direttamente sulle banche significative (*significant institutions*), che nell'eurozona sono circa centoventi, con attivi superiori a trenta miliardi di euro o che rappresentino almeno il 20% del PIL del Paese e indirettamente, tramite le autorità di vigilanza nazionali (che per l'Italia è la Banca d'Italia) sugli enti creditizi meno significativi (*less significant institutions*), secondo linee guida decise a livello sovranazionale. La vigilanza bancaria dunque è stata trasferita dall'autorità nazionale (come la Banca d'Italia) alla BCE segnatamente al Comitato unico di vigilanza (*Single Supervisory Board*, SSB) a cui partecipano alcuni rappresentanti della BCE e un rappresentante per ciascuna autorità di vigilanza nazionale. Il SSB rappresenta un modello di separazione funzionale all'interno della struttura della BCE, una divisione separata, indipendente e autonoma rispetto al settore che si occupa di politica monetaria, così da evitare commistioni improprie e conflitti d'interesse tra politica di vigilanza e politica monetaria. La vigilanza prudenziale unica è un meccanismo che comprende, sotto il profilo dell'ambito d'applicazione soggettivo, gli Stati membri dell'eurozona, anche se il SSM è aperto all'ingresso degli Stati, che non hanno aderito alla moneta unica, i quali possono inoltrare richiesta di adesione, su base esclusivamente volontaria, attraverso accordi di stretta cooperazione. La BCE esercita pertanto i suoi poteri di vigilanza prudenziale in cooperazione verticale asimmetrica⁶⁸ con le autorità nazionali di vigilanza secondo moduli composti di collaborazione funzionale e organizzativa stretta e mediante moduli di coamministrazione⁶⁹, ovvero di procedimenti amministrativi composti⁷⁰. Questi ultimi hanno così superato i precedenti moduli di amministrazione

⁶⁷ La vigilanza esercitata direttamente dalla BCE sugli istituti bancari *significant* ha ad oggetto: rilasciare o revocare l'autorizzazione agli enti creditizi all'esercizio dell'attività bancaria, aprire una succursale in uno Stato non partecipante, valutare le notifiche di acquisizione e di cessione di partecipazione qualificate, assicurare requisiti prudenziali su fondi propri, su cartolarizzazione, sui limiti ai grandi rischi, sulla liquidità, sulla leva finanziaria, assicurare la presenza di dispositivi di governo societario, effettuare prove di *stress test* per accertare se i processi degli enti permettano una gestione solida e la copertura dei rischi, esercitare la vigilanza su base consolidata, assolvere ai compiti di vigilanza sui piani di risanamento.

⁶⁸ M. Clarich, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1000.

⁶⁹ Sulla coamministrazione si v. per tutti C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993. Più di recente sempre sul tema si v. anche tra gli altri S. Amorosino, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, 80 ss.

⁷⁰ Sui procedimenti amministrativi composti a livello europeo in dottrina si v. G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi della Comunità europea*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, I, 225, 238 ss.; M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 1999, 331; G. Della Cananea, *I procedimenti amministrativi composti dell'UE*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 307; S. Cassese, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. Bignami, S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, 31; G. Mastrodonato, *I procedimenti amministrativi composti nel diritto*

ne indiretta dell'UE, strumenti di consultazione preventiva, e di comunicazione preventiva ed infine di messa disposizione da parte delle autorità nazionali di vigilanza del proprio personale, per l'espletamento di compiti propri della BCE. Il meccanismo introdotto per la vigilanza, seppure concepito in modo unitario, presenta alcuni profili controversi, con riferimento al processo di allocazione delle competenze tra le autorità nazionale di vigilanza e la BCE, evidenziando alcune sfasature sia a livello centrale sia a livello periferico. A tale proposito si è espresso il Tribunale dell'Unione europea, in tema di riparto delle competenze tra livello nazionale e livello europeo, riconoscendo ad una banca nazionale tedesca, lo *status* di soggetto significativo, e dunque assoggettato alla vigilanza della BCE e fornendo chiarificazioni in ordine alle circostanze al ricorrere delle quali è possibile escludere la qualificazione di soggetto significativo per un istituto bancario⁷¹. La BCE è tenuta però al rispetto delle prescrizioni armonizzate per la costruzione di un *Single Rulebook* in materia finanziaria, che si articola in un livello primario legislativo costituito da direttive e regolamenti ed un livello secondario costituito da linee guida, raccomandazioni, *standard* tecnici di regolamentazione (*Regulatory Technical Standards*, RTS) e *standard* tecnici di esecuzione (*Implementing Technical Standard*, ITS) cui provvedono l'EBA e la Commissione. Il rapporto

to comunitario, Bari, 2007. In giurisprudenza sotto il profilo dell'individuazione del giudice competente ad assicurare la tutela giurisdizionale degli interessati nei procedimenti amministrativi composti si v. CGUE, 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Soc. Oleificio Borelli c. Commis. CE*; Id., 18 dicembre 2007, causa C-64/05 *Svezia c. Commissione*; CGUE, 19 dicembre 2018, causa C-219/17, *Berlusconi e Fininvest c. Banca d'Italia e a.* (a commento si v. M.P. Chiti, *I procedimenti amministrativi composti e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 187 ss.) la quale, pronunciandosi sul quesito pregiudiziale formulato dal Consiglio di Stato in un caso relativo all'acquisizione da parte di Fininvest S.p.A. di una partecipazione qualificata in Banca Mediolanum S.p.A., ha posto rimedio al problema dell'effettività della tutela giurisdizionale nei procedimenti amministrativi complessi riguardanti nel caso *de quo* la disciplina dell'unione bancaria segnatamente, affermando il principio della unicità del controllo giurisdizionale. Avendo la BCE competenza esclusiva a decidere circa l'autorizzazione all'acquisizione di una partecipazione qualificata in una banca soggetta ai suoi poteri di vigilanza, spetta esclusivamente al giudice europeo il compito di valutare, in via incidentale, se la legittimità della decisione definitiva della BCE sia affetta da eventuali vizi degli atti preparatori adottati dall'autorità nazionale competente (in questo caso, la Banca d'Italia), che pertanto non potranno essere quindi oggetto di un controllo di legittimità da parte dei giudici nazionali.

⁷¹ Cfr. Trib. UE, sez. IV ampliata, 16 maggio 2017, causa C-450/17, *Landeskreditbank Baden-Württemberg - Förderbank c. BCE* in cui il giudice europeo in adesione ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 4, par. 1, del Regolamento n. 468/2014 della BCE, perviene al riconoscimento della competenza esclusiva in capo alla BCE per quanto attiene a tutti i compiti ivi elencati e in relazione a tutti i soggetti sottoposti alla vigilanza a prescindere quindi dalla loro significatività. L'istituto bancario può sempre però rientrare nell'ambito della vigilanza a livello nazionale qualora la vigilanza esercitata dalle autorità nazionali competenti risulti migliore di quella esercitata dalla BCE. Per un commento si v. tra gli altri A. Magliari, *Il sistema di ripartizione delle competenze all'interno del Single Supervisory Mechanism: una questione di "significatività". Considerazioni critiche a margine della sentenza Landeskreditbank Baden-Württemberg c. BCE*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 9, 2017, 1 ss.; M. Lamandini, R. D'Ambrosio, *La "prima volta" del Tribunale dell'Unione Europea in materia di Meccanismo di Vigilanza Unico*, in *Giur. comm.*, 2017, 594 ss.; G. Sciascia, *Il meccanismo di vigilanza unico al vaglio della Corte di giustizia*, in *Federalismi.it*, 10 ottobre 2018.

orizzontale, alquanto complesso che la BCE stabilisce con EBA⁷², avviene sulla base della ripartizione di compiti che, per la prima si traducono in una vigilanza esecutiva (prudenziale) e per la seconda in una vigilanza normativa⁷³. La BCE detiene competenza sulle banche dell'eurozona, l'EBA conserva, invece, competenze su tutti gli Stati membri, anche quelli che non sono compresi nel medesimo perimetro applicativo della BCE. La maggiore criticità risiede nel disallineamento nell'ambito di applicazione delle regole poste dall'EBA, che si applicano a tutti gli enti creditizi europei e l'ambito di applicazione della vigilanza prudenziale della BCE, che riguarda soltanto gli Stati che adottano la moneta unica. Tale disallineamento ha condizionato fortemente l'organizzazione delle competenze attribuite alla BCE e l'assunzione di provvedimenti di vigilanza previsti dal SSM. A parziale recupero di quest'ultima situazione è stato introdotto il SSB, in cui sono rappresentati anche i Paesi membri che non hanno aderito alla moneta unica, ma hanno aderito al SSM e che garantisce stretta cooperazione tra BCE e autorità nazionali di vigilanza. Inoltre, l'assetto attuale della vigilanza, riproposto dal SSM, induce a scorgere un paradosso: se l'UE si propone di costituire, mediante il processo d'integrazione, un sistema unico dei servizi bancari, che necessita giocoforza dell'accentramento e dell'uniformità, sotto il profilo della vigilanza, verrebbe da interrogarsi circa le ragioni poste alla base dell'introduzione di una così evidente frammentazione dei controlli, che ha complicato e reso ulteriormente complessa l'architettura normativa. Il nuovo quadro ha visto da un lato l'ampliamento del novero di soggetti deputati al controllo e dall'altro l'istituzione di nuovi organi che si aggiungono a quelli già esistenti. Se si giudicano insufficienti, a ragione, i sistemi di vigilanza nazionali che parcellizzerebbero l'attività non mettendola a sistema, costituendo anzi un ostacolo al perseguimento degli obiettivi europei, l'architettura del SSM restituisce un quadro complessivo che difetta sicuramente di semplificazione ed a tratti anche di razionalità, in termini di scelte, mantenendo la contraddizione insanabile tra moneta e credito che, se nella storia sono state intimamente connesse, oggi stentano a trovare una disciplina armonica⁷⁴.

Una volta affrontato il primo pilastro dell'Unione bancaria, ovvero quella della supervisione della vigilanza prudenziale accentrata, che si qualifica perlopiù come un sistema che assume le forme di una direzione collegiale a trazione europea, è utile porre l'attenzione sul secondo pilastro, in materia di integrazione circa la risoluzione delle crisi bancaria, il SRM. Quest'ultimo, istituito con il Regolamento UE/806/2014 ed operativo pienamente a partire dal 2016, ha visto

⁷² Sulla complessità rapporto tra BCE ed EBA si v. S. Del Gatto, *Il problema dei rapporti tra la Banca centrale europea e l'Autorità bancaria europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1221 ss.

⁷³ Sulla vigilanza esecutiva della BCE e su quella normativa dell'EBA si v. F. Bassan, *op. cit.*, 400 ss.

⁷⁴ M. Clarich, *La governance del Single Supervisory Mechanism e gli Stati membri aderenti all'euro*, in *Federalismi.it*, 17 settembre 2014, 8.

valorizzata maggiormente la componente dell'autonomia, ovvero un margine di discrezionalità, con il coordinamento che avviene tra organi che hanno il potere di imprimersi un indirizzo⁷⁵. Il SRM è stato preceduto, nell'ambito del processo di integrazione e di armonizzazione delle discipline inerenti le crisi bancarie, dall'adozione della Direttiva BRRD, in materia di gestione delle crisi di enti creditizi e di imprese di investimento⁷⁶ che, pur compiendo un significativo passo in avanti nell'armonizzazione delle discipline nazionali, ha mantenuto il potere decisionale in capo al livello nazionale. Il SRM, meccanismo centralizzato di gestione delle crisi bancarie, mira così a limitare l'impatto sui conti pubblici degli interventi di salvataggio delle banche in crisi (c.d. *bail out*), sulla base del principio del c.d. *bail in*, che in chiave amministrativistica costituisce un procedimento ablatorio obbligatorio, in quanto consiste nell'imposizione autoritativa, alla categoria di soggetti interessati dalla misura, di un obbligo patrimoniale⁷⁷. In base a quest'ultimo criterio gli oneri connessi con il risanamento degli enti creditizi devono gravare *in primis* sugli azionisti e, in seconda battuta, sugli obbligazionisti e i titolari di conti di deposito con saldi superiori a centomila euro. Il SRM che trova la sua base giuridica nell'art. 114 TFUE, rispecchia l'ambito di applicazione del SSM, quindi sono compresi sotto la sua operatività gli Stati dell'eurozona e tutti gli Stati che, su base volontaria, hanno aderito successivamente all'Unione bancaria, assoggettandosi integralmente alla vigilanza prudenziale della BCE.

Con il SRM si è dato vita ad un apparato amministrativo, organizzato a rete, tendente a favorire l'omogeneizzazione delle prassi che si aggiunge alla definizione del quadro regolamentare comune. Il SRM dal punto di vista istituzionale si compone di una nuova agenzia, il Comitato unico di risoluzione (*Single Resolution Board*, SRB), sdoppiato in una versione plenaria e in una formazione esecutiva, cui può partecipare anche un rappresentante della Commissione. Il SRB, che riveste la qualifica, seppure atipica, di agenzia specializzata dell'UE, dotata di personalità giuridica e titolare di precise attribuzioni conferite da disposizioni regolamentari, nonché autonomo sul piano tecnico, amministrativo e finanziario, rappresenta il principale ed indiscusso attore, cui sono attribuiti i poteri relativi alla risoluzione, ed a cui partecipano i rappresentanti delle autorità nazionali di risoluzione (per l'Italia è la Banca d'Italia, con l'Unità di Risoluzione e Gestione delle crisi). Completa l'architettura istituzionale del SRM un Fondo di risoluzio-

⁷⁵ M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 391.

⁷⁶ La direttiva prevede la cooperazione tra autorità di risoluzione in caso di dissesto di banche transfrontaliere, armonizzando la normativa nazionale degli Stati membri e introducendo principi, procedure e strumenti di risoluzione comuni ai fini della gestione delle crisi bancarie (la vendita dell'attività d'impresa, la creazione di un ente ponte, la separazione delle attività ed il c.d. *bail in*), con l'obiettivo dichiarato di mantenere la stabilità del mercato finanziario e prevenire il rischio di contagio sistemico all'interno dell'UE.

⁷⁷ Così S. Amorosino, *Le trasformazioni delle banche. Riforme, crisi e tutele*, Pisa, 2018, 58.

ne unico (*Single Resolution Fund*, SRF), interamente finanziato dal settore bancario europeo, che verrà costituito nell'arco di otto anni e dovrebbe raggiungere almeno l'1% dell'importo dei depositi protetti di tutti gli enti creditizi autorizzati negli Stati membri dell'UE⁷⁸.

I procedimenti attivabili nell'ambito del SRM possono essere suddivisi in una procedura di risoluzione in senso lato e una pluralità di procedimenti risolutivi in senso stretto. Con la prima categoria s'intende il complesso di regole poste a presidio dell'attività di risoluzione, le cui singole fasi procedurali si articolano diversamente a seconda della fattispecie in esame, mentre con la seconda categoria s'intendono i singoli procedimenti amministrativi risolutivi articolati in una sequenza preordinata di atti funzionali all'adozione di un atto finale avente valenza esterna. La procedura di risoluzione si compone di tre fasi: la pianificazione, l'attivazione di misure di intervento precoce e l'avvio della risoluzione in senso stretto, ognuna delle quali si articola a sua volta in una pluralità di procedimenti amministrativi funzionali all'adozione di atti.

È da premettere che tra le fasi di pianificazione e attivazione di misure di intervento precoce e la risoluzione in senso stretto non sussiste necessariamente un rapporto che implica presupposizione, in quanto l'ultima fase può essere attivata anche a prescindere dall'attivazione delle prime due. Qualora la BCE nell'attività di vigilanza riscontri situazioni di difficoltà finanziaria rispetto ad una o più banche, le medesime sono tenute ai sensi dell'art. 5 della Direttiva c.d. BRRD, ad approvare ed aggiornare un piano di risanamento (*recovery plans*) sulla base di *standard* tecnici forniti dall'EBA, che deve recare una previsione idonea a superare la fase di dissesto ripristinando la stabilità economica⁷⁹. Il piano di risanamento dev'essere successivamente approvato dall'autorità di risoluzione competente la quale entro sei mesi, come prevede l'art. 6 della citata direttiva, in collaborazione con le autorità nazionali di risoluzione dei Paesi in cui sono stabilite le succursali della banca, deve valutare se il piano presentato soddisfa determinati requisiti e se è conforme ad un canone di adeguatezza della struttura di finanziamento della banca, rispetto ai profili di rischio ed alla complessità della struttura organizzativa. Se vengono rilevati profili di inadeguatezza o insufficienza, in ordine alla capacità di risoluzione, inizia una fase di contraddittorio tra autorità di risoluzione e impresa bancaria, con la possibilità per la prima di ingiungere l'applicazione

⁷⁸ Con riferimento a detto Fondo, giova ricordare che gli Stati membri hanno raggiunto un accordo per la creazione di un meccanismo di *backstop* comune per il Fondo di risoluzione unico nel 2012, ma non ancora operativo, e che il 6 dicembre 2017 la Commissione Europea ha presentato una proposta di Regolamento COM(2017)827, che prevede proposte volte a istituire un Ministro europeo dell'economia e delle finanze ed incorporare il Trattato *Fiscal Compact* nell'ordinamento giuridico dell'UE, ma in particolare dirette all'istituzione di un Fondo Monetario Europeo (FME).

⁷⁹ Il contenuto dei *recovery plans* è stabilito nell'allegato A della Direttiva 2014/59/UE c.d. BRRD.

di misure specifiche da adottare, qualora l'impresa bancaria non abbia modificato il proprio piano, o se ritiene le misure ivi contenute inadeguate o insufficienti. Accanto ai *recovery plans* un altro meccanismo di pianificazione, più incisivo rispetto al precedente, è rappresentato dal piano di risoluzione (*resolution plans*), ovvero un documento di analisi dei processi e delle attività dell'impresa bancaria finalizzato a facilitare il ricorso agli strumenti di risoluzione. A differenza dei piani di risanamento, i piani di risoluzione sono elaborati dall'autorità pubblica in collaborazione con le autorità di vigilanza in ottica di prevenzione di rischi sistemici. Il SRB nell'esercizio delle proprie prerogative può chiedere alle autorità nazionali di risoluzione di predisporre progetti di piani di risoluzione, in base alle indicazioni e agli orientamenti forniti dal Comitato unico di risoluzione medesimo⁸⁰. I piani di risoluzione, trasmessi al SRB, devono essere inviati da quest'ultimo alla BCE o alle competenti autorità nazionali per garantire stretta collaborazione tra il profilo della risoluzione e quello della vigilanza. Sempre in virtù del rapporto di collaborazione, la BCE o la pertinente autorità nazionale competente fornisce al SRB il piano di risanamento adottato dalle banche per valutare l'incidenza di eventuali azioni che potrebbero compromettere la capacità risolutiva delle banche stesse. La pianificazione non può comunque contemplare: un sostegno finanziario pubblico straordinario oltre all'impiego del Fondo di risoluzione unico di cui all'art. 67 della Direttiva c.d. BRRD; l'assistenza di liquidità di emergenza fornita da una banca centrale; l'assistenza di liquidità da parte di una banca centrale fornita con costituzione delle garanzie, la durata ed il tasso di interesse non *standard*. Qualora il SRB valuti la presenza di impedimenti alla risoluzione di una banca o di un gruppo predispone una relazione motivata in collaborazione con le autorità nazionali di risoluzione, in cui vengono esplicitati i motivi ostativi all'efficace esercizio dei poteri di risoluzione. Entro il termine di quattro mesi è possibile per gli attori coinvolti presentare proposte necessarie a superare i rilievi contenuti nella relazione. In caso di esito negativo, ovvero in cui non è possibile superare i rilievi avanzati in ordine alla difficoltà predette, il SRB adotta decisione motivata con cui fornisce istruzione alla autorità nazionali di risoluzione di imporre alle imprese bancarie misure diverse da quelle proposte da queste ultime. L'esecuzione delle misure alternative⁸¹ proposte dal SRB non avviene direttamente da parte di quest'ultimo, bensì a mezzo delle autorità nazionali di risoluzione.

La seconda fase della procedura di risoluzione in senso lato, successiva alla pianificazione, è rappresentata dalle misure di intervento precoce (*early intervention*) dirette a consentire l'intervento dell'autorità pubblica nel caso in cui un'im-

⁸⁰ Cfr. art. 8, paragrafo 2, Regolamento (UE) n. 806/2014.

⁸¹ Le misure oggetto dei *resolution plans* sono previste dall'art. 10, paragrafo 11 del Regolamento (UE) n. 806/2014.

presa bancaria attraverso una situazione di difficoltà e non rientri all'interno dei presupposti fissati ai fini dell'attivazione della procedura di risoluzione in senso stretto. Se la situazione dell'impresa bancaria evidenzia profili di difficoltà, sotto il profilo finanziario, tali da generare una fase di deterioramento senza, tuttavia, configurare una vera e propria situazione d'insolvenza bancaria, la BCE o le autorità nazionali effettuano una comunicazione al SRB, in merito a «qualsiasi misura che impongono ad un ente o gruppo di adottare o che adottano esse stesse a norma dell'articolo 16 del regolamento (UE) n. 1024/2013»⁸². Per parte sua il SRB è tenuto a mantenere informata delle predette misure la Commissione. Inoltre il SRB realizzando una stretta collaborazione con la BCE e le autorità nazionali competenti deve ottemperare al monitoraggio costante dell'impresa bancaria in crisi, con riferimento alle misure di intervento precoce poste in essere. Le misure di *early intervention* si articolano in azioni di *hard triggers*, quali l'imposizione di riserve di capitale o di liquidità e azioni di *soft triggers*, che attengono al profilo della *governance* bancaria⁸³, quali la richiesta all'organo amministrativo di attuare o di aggiornare i dispositivi del piano di risanamento, richiedere la rimozione o la sostituzione di uno o più amministratori, richiedere modifiche nella strategia aziendale, imporre l'obbligo di destinare i profitti al rafforzamento della base del capitale dell'impresa bancaria. I poteri così penetranti che possono essere attuati a mezzo delle misure di *early intervention* sono giustificabili soltanto se si considera l'autorità che ne è detentrica, ovvero la BCE. Tali misure rappresentano il punto di contatto tra la politica di vigilanza e quella di risoluzione, in cui da un lato la BCE e dall'altro il SRB cooperano ai fini della stabilità del mercato, tentando di scongiurare ripercussioni sistemiche che potrebbero derivare dalla crisi delle imprese bancarie⁸⁴.

Il procedimento di risoluzione in senso stretto, regolato all'art. 18 del Regolamento UE/806/2014, è *definito composto* in quanto è previsto l'intervento di una pluralità di autorità europee. Ciascun programma di risoluzione richiede un margine di discrezionalità nell'ambito della scelta degli strumenti più idonei da adottare. Al procedimento partecipano pertanto sia il Consiglio sia la Commissione, in quanto competenti ad esercitare competenze esecutive ai sensi dell'art. 291 TFUE. La valutazione circa gli aspetti discrezionali delle decisioni che assistono alle procedure di risoluzione, assunte dal SRB, è operata dalla Commissione che interviene alle sessioni del SRB in qualità di osservatore, dato il rilevante impatto delle decisioni stesse sulla stabilità finanziaria e sulla sovranità di bilancio degli Stati. Nella procedura di risoluzione alla BCE spetta il compito di comunicare al SRB la valutazione circa il dissesto dell'istituto bancario e a quest'ultimo è

⁸² Cfr. art. 13, paragrafo 1, Regolamento (UE) n. 806/2014.

⁸³ G. Bocuzzi, *L'Unione bancaria europea. Nuove istituzioni e regole di vigilanza e di gestione delle crisi bancarie*, Roma, 2015, 85 ss.

⁸⁴ M. Macchia, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, cit., 144.

demandata la valutazione circa la sussistenza delle altre condizioni: la situazione di dissesto o del rischio di dissesto (qualora la BCE non vi provveda); la ragionevole prospettiva, in base alle circostanze e alla tempistica, di un'altra misura che permetta di evitare il dissesto; la sussistenza dell'interesse pubblico alla risoluzione. Sulla base delle predette condizioni il SRB adotta il programma di risoluzione della crisi⁸⁵ e lo trasmette alla Commissione. Un ulteriore presupposto che precede la fase di risoluzione è la nomina, da parte del SRB, di un soggetto terzo valutatore, avente il compito di effettuare «una valutazione equa, prudente e realistica delle attività e passività»⁸⁶ della banca in crisi. Ai sensi del Regolamento UE/806/2014 gli strumenti validi per la risoluzione sono: la vendita della società che gestisce l'impresa bancaria; la costituzione di una c.d. *bridge bank*; la separazione delle attività *not performing* conferite ad un veicolo *ad hoc* costituito, ovvero la c.d. *bad bank*; il c.d. *bail in*. La decisione in ordine al programma di risoluzione e all'utilizzo dell'SRF spetta al SRB con il necessario e successivo consenso della Commissione. Se quest'ultima e/o il Consiglio non obiettano entro ventiquattrore dalla trasmissione del programma di risoluzione da parte del SRB, il programma entra in vigore. La Commissione in ogni caso è chiamata ad approvare oppure ad obiettare al citato programma, per quanto riguarda gli aspetti discrezionali. Qualora vi siano divergenze di vedute tra SRB e Commissione, la decisione è demandata al Consiglio⁸⁷.

Ai fini della valutazione circa la sussistenza o meno dell'interesse pubblico, il SRB deve operare un giudizio prognostico, procedendo ad una ponderazione secondo un triplice ordine di fattori: l'interesse alla continuità dell'attività bancaria; la previsione di risolvibilità ovvero l'idoneità ed efficacia delle misure previste nel programma di *resolution*; infine se quest'ultimo è *in grado di garantire* un riparto degli oneri tra azionisti e creditori della banca tale per cui i creditori medesimi, tra cui i titolari dei depositi bancari, non subiscano un danno superiore a quello che avrebbero subito nel caso della procedura ordinaria di insolvenza bancaria (c.d. *no credit wors off*).

La valutazione spettante al SRB è ampiamente discrezionale, se pure nel rispetto di alcuni limiti enunciati nella Direttiva 2014/59/UE c.d. BRRD⁸⁸. La

⁸⁵ Il programma di risoluzione contiene i dettagli relativi agli strumenti da adottare all'ente bancario in crisi ovvero la vendita della società che gestisce l'impresa bancaria, la costituzione di una c.d. *bridge bank*, la separazione delle attività *not performing* conferite ad un veicolo *ad hoc* costituito, ovvero la c.d. *bad bank*, infine il c.d. *bail in*. Il programma specifica anche gli importi e gli scopi per i quali è *utilizzato* il SRF.

⁸⁶ Cfr. Considerando n. 51 Direttiva 2014/59/UE.

⁸⁷ La Commissione può, infatti, proporre al Consiglio, chiamato a deliberare a maggioranza semplice se: a) obiettare al programma di risoluzione a motivo del fatto che il programma di risoluzione adottato dal SRB non soddisfa il criterio dell'interesse pubblico; b) approvare od obiettare a una modifica significativa dell'importo del SRF previsto nel programma di risoluzione.

⁸⁸ Cfr. Considerando n. 29 Direttiva 2014/59/UE secondo cui «Nel rispetto della libertà d'impresa sancita all'articolo 16 della Carta, è opportuno limitare il margine di manovra delle autorità alle misure necessarie

valutazione acquista valore predittivo dovendo prefigurare i rischi possibili all'inverarsi dell'una (risoluzione) o dell'altra soluzione (liquidazione secondo le procedure previste dagli ordinamenti nazionali). La discrezionalità di cui al potere valutativo di cui al SRB non assume valenza meramente tecnica, pur dovendo fondarsi sulla situazione economico-finanziaria dell'istituto bancario in crisi, in cui emerge chiaramente l'esigenza di rispetto del principio di precauzione stante l'intervento in una situazione critica.

Le coordinate attuali che individuano l'interesse pubblico sono due: la prima segnala lo spostamento dal livello nazionale al livello europeo, salvo che per gli istituti di credito non significativi, della sede in cui avviene la valutazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico nell'ambito delle crisi bancarie; la seconda descrive la netta separazione tra il momento dell'accertamento e quello della dichiarazione dell'interesse pubblico al ricorso a strumenti propri della *resolution*⁸⁹ (in alternativa alle ordinarie procedure di liquidazione previste dagli ordinamenti nazionali) ed il momento dell'impiego di fondi pubblici nazionali o europei ai fini del salvataggio delle banche in crisi, subordinato ad un giudizio di ammissibilità. La dichiarazione di sussistenza di interesse pubblico integra un procedimento di certezza pubblica, che costituisce uno dei presupposti possibili delle opzioni di *resolution*, ma non rappresenta *ex se* il presupposto abilitante all'adozione di misure di aiuto di Stato. Queste ultime in ogni caso si pongono astrattamente in alternativa alle misure di risoluzione anzidette previste dal Regolamento UE UE/806/2014, che presuppone l'assenza di aiuti di Stato. Questi ultimi costituiscono oggetto di un altro procedimento preordinato alla verifica della compatibilità con le norme di diritto europeo e che risponde ai canoni dell'autorizzazione in funzione di controllo⁹⁰.

Il perseguimento degli obiettivi di convergenza ha imposto il rafforzamento della rete di autorità nazionali di risoluzione. Nell'ordinamento interno, la Banca d'Italia, che assomma la duplice qualità di autorità nazionale di vigilanza e anche di risoluzione, deve obbligatoriamente mantenere una separazione funzionale tra il settore dedicato alla vigilanza e quella dedicato alla risoluzione, che deve cooperare con il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) a cui è affidato il pote-

per semplificare la struttura e le operazioni dell'ente al solo fine di migliorare la possibilità di risolverne la crisi. Le misure imposte a tale proposito dovrebbero inoltre essere conformi al diritto dell'Unione, non dovrebbero comportare discriminazioni, dirette o indirette, per motivi di nazionalità e dovrebbero essere giustificate dalla ragione superiore di applicarle nell'interesse pubblico della stabilità finanziaria. Inoltre, l'intervento dovrebbe limitarsi al minimo necessario per conseguire gli obiettivi desiderati. È opportuno che, nello stabilire le misure da adottare, le autorità di risoluzione tengano conto delle segnalazioni e raccomandazioni del Comitato europeo per il rischio sistemico istituito dal Regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio».

⁸⁹ S. Del Gatto, *Il Single resolution mechanism. Quadro d'insieme*, in M. Chiti, V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 280 ss.

⁹⁰ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 609 ss.

re di approvare la decisione della Banca d'Italia di avvio della procedura di risoluzione, secondo i presupposti anzidetti, fissati a livello di legislazione europea.

Al SRB, sono state avanzate critiche che muovono dal presupposto inerente alla sua composizione. La composizione del SRB prevede la partecipazione dei rappresentanti delle autorità nazionali di risoluzione, se a questo si aggiunge il ruolo incisivo della Commissione nel processo decisionale, ne risulta che proprio il Comitato unico di risoluzione assume il profilo di un'agenzia *network* delle autorità nazionali di risoluzione, molto lontana dalla formulazione originaria auspicata dalla Commissione medesima di un'autorità di risoluzione effettivamente indipendente ed avente dimensione sovranazionale. Alla critica inerente alla composizione che è apparsa, invero, eccessiva, è stato risposto che anche la composizione delle agenzie settoriali istituite nel 2010 e anche il SSB recano una composizione simile o addirittura analoga, mentre risulta ampiamente fondato, attuale ed irrisolto il profilo di criticità, circa il ruolo eccessivamente centrale e dirimente che attualmente nel processo decisionale interpreta la Commissione. Parte della dottrina⁹¹ ha ipotizzato che l'allocazione dei poteri segnalanti un ruolo pervasivo della Commissione, non sarebbe nemmeno coerente con l'affidamento alle autorità nazionali di risoluzione, ovvero le banche centrali di Paesi dell'eurozona, del bene pubblico della stabilità finanziaria e con l'attuale sistema di valori previsto nei Trattati europei.

Il sistema normativo europeo non solo in materia di vigilanza, ma anche in materia di risoluzione delle crisi bancarie, pare presentare un'asimmetria conclamata. Se da un lato è stato posto un complesso di norme poste dal Regolamento UE n. 806/2014, che istituisce il SRM, e dalla Direttiva 59/2014/UE c.d. BRRD in materia di risoluzione delle crisi bancarie, dall'altro lato si staglia con sempre maggiore nitidezza una disciplina flessibile di *soft law* contenuta nelle comunicazioni della Commissione, interpretative del TFUE, non giuridicamente vincolanti e tuttavia risultanti paradossalmente più rilevanti delle prime.

Con riferimento all'efficienza operativa nella gestione delle crisi bancarie da parte della BCE si è espressa anche la Corte dei conti europea⁹² nel 2018, che ha sviluppato un'attività di *audit* rispetto a questo profilo della vigilanza. La Corte, rilevando il quadro imponente approntato dalla BCE per le procedure di gestione delle crisi bancarie, ha sottolineato come le risorse per la valutazione dei piani di risanamento e la vigilanza delle banche in crisi risultano soddisfacenti, malgrado alcune debolezze nella pianificazione iniziale e l'esigenza di migliorare l'assegnazione del personale alle situazioni più urgenti. Un'altra criticità riguarda i processi per la cooperazione ed il coordinamento esterni con le altre autorità coinvolte nel

⁹¹ Cfr. C. Brescia Morra, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 279.

⁹² Cfr. Corte dei Conti Europea, *Relazione speciale. L'efficienza operativa nella gestione delle crisi bancarie da parte della BCE*, n. 2/2018, in www.eca.europa.eu.

processo di gestione delle crisi (in particolare nello scambio di flussi informativi tra BCE e SRB) che possono essere migliorati. Parimenti l'assetto organizzativo interno della BCE può essere ottimizzato. Altri sono i segnali che indicano taluni profili di inefficienza, quali gli orientamenti per le valutazioni di intervento precoce, che non sono sufficientemente sviluppati né definiscono criteri o indicatori oggettivi per stabilire se una banca sia entrata in una situazione di crisi. Non vi sono neppure, ad avviso della Corte, orientamenti a riguardo del miglior utilizzo dei poteri della BCE, in specifici scenari, mentre gli orientamenti concernenti le valutazioni «in dissesto o a rischio di dissesto» sono carenti per quanto riguarda l'estensione e i livelli di dettaglio.

Un limite evidente del SRM, più vistoso rispetto al SSM, è dato dalla eccessiva complessità del meccanismo e dal coinvolgimento di una miriade di autorità nel processo decisionale. Un ulteriore profilo di criticità è dato dal concreto operare del meccanismo che potrebbe incontrare la mancanza di esperienza degli Stati membri nei processi di risoluzione⁹³. La criticità principale risiede, in ogni caso, nell'effettiva possibilità del SRM di operare validamente e perseguendo le proprie finalità ultime, in assenza dell'EDIS.

Quanto all'assetto istituzionale del SRM, è auspicabile da un lato che sia rivisto e ridimensionato il ruolo politico-discrezionale, eccessivo nel processo decisionale, della Commissione, e dall'altro che siano rivisitate all'origine alcune delle rigidità contenute nella comunicazione del 2013 della Commissione, come in parte è stato fatto a marzo di quest'anno con l'adozione di un quadro temporaneo, per consentire agli Stati membri di adottare misure di aiuto all'economia nel contesto della pandemia da Covid-19, in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato. Infatti, la rivisitazione del ruolo della Commissione è importante non soltanto perché esistono rischi sistemici nel dare un peso smisurato alla stabilità finanziaria, ricorrendo indiscriminatamente ad aiuti pubblici di fronte ad una crisi bancaria, ma anche perché esistono rischi altrettanto gravi di contagio sistemico, in un'applicazione oltremodo rigida delle norme, in materia di aiuti di Stato che non lasci un margine di flessibilità da esercitare, pena la crisi stessa delle fondamenta del mercato unico⁹⁴.

⁹³ S. Del Gatto, *op. cit.*, 285 ss.

⁹⁴ M. Clarich, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, cit., 718.

4. *L'evoluzione delle politiche pubbliche in ambito bancario di fronte alla crisi: tra esigenze di stabilità, rispetto della concorrenza e vincoli europei sugli aiuti di Stato*

Le politiche pubbliche attuate dall'Italia in materia di regolazione sono state segnate secondo un'attenta ricostruzione dottrinale⁹⁵ essenzialmente da tre fasi.

Una prima fase, collocata storicamente a partire dagli anni '30 del secolo scorso, ovvero gli anni della "Grande crisi" del 1929 negli Stati Uniti d'America che, anche nel nostro Paese ha provocato il tracollo di importanti istituti di credito, salvati mediante l'intervento diretto dello Stato. Quest'ultimo, prendendo atto dei fallimenti della regolazione e del mercato, aveva deliberato interventi legislativi più stringenti con la legge bancaria del 1936 e del 1938⁹⁶, animati da un impianto corporativo e dirigistico. Pertanto all'epoca si parlava di "amministrativizzazione" della disciplina bancaria, testimoniata dall'affidamento ad apparati amministrativi di ampi poteri discrezionali in grado di conformare il sistema e la struttura del mercato bancario e dunque l'operatività dei singoli operatori economici. In questo contesto la tutela dei depositanti era considerata un *munus* pubblico e la concorrenza nel mercato bancario non rivestiva un ruolo di primo piano. L'unica preoccupazione era la stabilità creditizia, assicurata da una vigilanza strutturale molto attenta con oneri peraltro scaricati sulla fiscalità generale⁹⁷. La prima fase ha conosciuto incrementi significativi negli anni '60 e '70 e sostanzialmente è stata perpetrata fino agli anni '90. Questa fase è stata caratterizzata sostanzialmente dal modello dello "Stato interventista", che ha valorizzato la programmazione economica ed ha improntato le politiche pubbliche ad una direzione amministrativa e autoritativa e più in generale legale dell'economia. In questo contesto la regolazione era stata ridotta al minimo, perché il mercato era dominato dal modello dall'impresa pubblica, che operava in regime di monopolio in assenza di concorrenza. La regolazione si era ridotta alle direttive, poste in essere dalle strutture ministeriali ed in alcuni settori la regolazione era stata ricondotta al modello degli ordinamenti giuridici sezionali o settoriali, come nel caso di quello bancario.

Una seconda fase si è aperta, a partire dagli anni '90, con l'evoluzione dell'azione pubblica, che ha assunto le vesti di "Stato regolatore", atteso l'avvento nell'ordinamento delle autorità amministrative indipendenti, della crisi del rap-

⁹⁵ M. Clarich, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, 32 ss.; Id., *La riflessione scientifica attuale sulla regolazione dei mercati e la prospettiva delle «spinte gentili»*, cit., 414 ss.

⁹⁶ Sui fallimenti della regolazione e del mercato prima della legge bancaria del 1936 si v. G. Conti, *Fallimenti di mercato e fallimenti di regolazione prima della legge bancaria del 1936*, in *Mercato conc. reg.*, 2011, 521 ss.

⁹⁷ Cfr. d.m. 27 settembre 1974 c.d. Decreto Sindona, che ha disposto l'emissione da parte della Banca d'Italia di carta moneta, sotto forma di anticipazione ad un tasso dell'1% a favore delle banche che avessero rilevato i crediti dei depositanti e avessero perciò registrato perdite.

porto Stato-mercato, a causa dell'ingente debito pubblico e della presa d'atto dell'insostenibilità finanziaria dell'impresa pubblica. Tali fattori hanno aperto la strada alle privatizzazioni, grazie anche all'evoluzione del quadro europeo verso politiche legislative restrittive sugli aiuti di Stato e favorevoli alla liberalizzazione dei mercati in diversi settori. Nella prima metà degli anni '90 l'emanazione del Testo Unico bancario ha segnato la fine del dirigismo e corporativismo bancario riconoscendo la delimitazione delle finalità di azione alle autorità creditizie (Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio - CICR, MEF e Banca d'Italia) ed esplicitando il carattere d'impresa dell'attività bancaria, escludendo ogni connotazione di tipo pubblicistico.

Infine, una terza fase è stata caratterizzata dall'azione pubblica pervasiva e penetrante sotto forma di salvataggi, concessione di garanzie pubblicizzazione di imprese e asservimento della spesa pubblica, mediante indebitamento in funzione di impulso allo sviluppo infrastrutturale, che hanno aperta la strada al modello dello "Stato salvatore", si è aperta con la crisi finanziaria del 2008. Sono stati messi in discussione i modelli della regolazione, precedentemente instaurati soprattutto nella seconda fase e si è accreditata l'interpretazione secondo cui la fase dello "Stato regolatore", può costituire una parentesi all'interno di un disegno finalizzato ad assegnare allo Stato centralità indiscussa.

Dopo la crisi del 2008 si è verificato un mutamento oggettivo, sotto il profilo dell'assetto regolativo, che ha determinato una riallocazione delle funzioni e dei compiti propri di quest'ultimo, accentrando al livello sovranazionale i compiti propri della regolazione prima spettanti al livello nazionale. Le ragioni di tale mutamento da un lato sono da ricercare nel processo di integrazione europea a partire dagli anni '80, che ha avuto tra i suoi obiettivi la creazione di un mercato unico, avente uno spiccato *favor* per la concorrenzialità e la parità di trattamento tra le imprese bancarie (grazie anche alla privatizzazione egli istituti bancari avvenuta negli anni '90) e dall'altro nell'affermazione di un processo di neutralizzazione del tasso di politicizzazione delle funzioni di indirizzo e regolazione del mercato, affidate a soggetti tecnici, indipendenti dai governi nazionali.

Nel corso della crisi economico-finanziaria i pubblici poteri statali e sovra-statali sono intervenuti in maniera pervasiva per garantire supporto e sostegno agli intermediari finanziari bancari in evidente difficoltà, secondo moduli procedurali temporanei (ovvero emergenziali) e strutturali (ovvero attinenti all'architettura della *governance* economico-finanziaria) con un duplice obiettivo: rafforzare la capacità patrimoniale degli istituti bancari e incrementarne la disponibilità di liquidità.

Si è posto da subito il tema della compatibilità tra moduli di pubblicizzazione statale e disciplina europea in materia di aiuti di Stato e sono stati compiuti

sforzi a livello europeo, per trovare un equilibrio atto a contemperare, da un lato le esigenze di rispetto delle prerogative della concorrenza in grado di essere conculcate dal ricorso agli aiuti di Stato⁹⁸ e dall'altro la necessità di tutelare l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria degli istituti bancari⁹⁹. La grave crisi economica ha indotto l'UE ad adottare nuove regole ed utilizzare al contempo quelle già esistenti, all'interno di un più generale approccio caratterizzato dalla flessibilità. Si è quindi assistito ad una radicale rivisitazione dell'intero sistema economico-finanziario, passando dunque da un assetto fondato sul principio della *self regulation* ad uno basato su interventi di *public regulation*. In Europa l'attivazione di misure *extra ordinem*, rimesse in ultima analisi alla sopportazione delle finanze pubbliche per un complessivo ammontare di risorse dal 2008 al 2014, quantificabile in misura superiore al 3% del PIL del 2014¹⁰⁰ (in Italia fino al 2014 il costo fiscale in rapporto al PIL ha raggiunto solo un valore pari allo 0,1% mentre fino al 2016 l'impatto è stato stimato pari allo 0,8%, ovvero circa tredici miliardi, quindi non tra i più alti sicuramente nell'eurozona), ha per contro tollerato un'applicazione decisamente elastica e meno rigida della disciplina in materia di aiuti di Stato.

Al momento dell'insorgere della crisi nel 2008, le norme in materia di aiuti di Stato includevano, come aveva specificato per via interpretativa la Commissione, alcune deroghe ammesse in presenza di situazioni eccezionali. Si potevano considerare, infatti, compatibili con il quadro europeo gli aiuti destinati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (art. 107, par. 3, lett. b, TFUE). Il 13 dicembre 2008 la Commissione ha emanato la prima¹⁰¹ di una serie di comunicazioni¹⁰², che hanno reso più discrezionale l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato. Ciò ha consentito di dare copertura giuridica ampia alle misure statali, volte a stabilizzare il quadro economico-

⁹⁸ Cfr. A. Brancasi, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuto di stato*, in *Dir. pubbl.*, 1.2, 2010, 195 ss.

⁹⁹ Nell'ambito della disciplina delle crisi bancarie la nozione d'interesse pubblico assume i connotati della previsione di cui all'art. 21 del d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180, e risulta pertanto riconducibile alla necessità di mantenere le c.d. funzioni essenziali, così come definite all'art. 1, lett. bb), del medesimo decreto come «attività, servizi o operazioni la cui interruzione potrebbe compromettere la prestazione in uno o più Stati membri di servizi essenziali per il sistema economico o la stabilità finanziaria, in ragione della dimensione, della quota di mercato, delle interconnessioni esterne o interne, della complessità o dell'operatività transfrontaliera di una banca o di un gruppo, con particolare riguardo alla sostituibilità dell'attività, dei servizi o delle operazioni».

¹⁰⁰ Cfr. S. Micossi, G. Bruzzone, M. Casella, *Fine tuning the use of bail-in to promote a stronger EU financial system*, CEPS Special Report, 2016, n. 136.

¹⁰¹ Cfr. *Comunicazione della Commissione sull'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzie (2008/C 270/02)* in GUCE 25 ottobre 2008 C 270/08 «L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale».

¹⁰² Il riferimento è alla Comunicazione del 5 dicembre 2008, del 17 dicembre 2008 (parzialmente modificata e integrata da una successiva Comunicazione del 25 febbraio 2009), intese a giustificare quegli aiuti nel contesto dell'attuale crisi, le prime due con riferimento al sostegno diretto delle istituzioni finanziarie e la terza con riferimento al finanziamento dell'economia reale.

finanziario, anche se la prima comunicazione fissava alcuni criteri generali atti a impedire sul piano formale una totale sospensione della disciplina¹⁰³.

Nel 2013 l'approccio della Commissione è completamente mutato e dunque sono stati introdotti a mezzo di un'altra comunicazione¹⁰⁴ più stringenti condizioni, per ritenere compatibili con le norme europee sugli aiuti di Stato, le misure di ausilio sotto il profilo finanziario. Non è stata più, infatti, permessa, rispetto al 2008, l'approvazione delle misure di salvataggio e dei regimi di ricapitalizzazione, finalizzati a restituire fiducia ai risparmiatori ed ai mercati, rinviando la valutazione dei piani di ristrutturazione bancaria ad una fase successiva, la cui approvazione ha dovuto comunque precedere la richiesta delle misure predette. Inoltre, gli Stati nazionali sono stati invitati a negoziare preventivamente e direttamente con la Commissione le misure di ricapitalizzazione e di sostegno finanziario. La Comunicazione del 2013 ha introdotto il meccanismo di pre-notifica alla Commissione per le sole attività deteriorate ed è risultata significativa perché di fatto ha rappresentato un cambio d'approccio che ha preferito alla flessibilità, un'applicazione rigida del divieto di aiuti di Stato, introducendo limiti per l'ammissibilità di questi ultimi e disincentivando di fatto il ricorso all'intervento pubblico. L'approccio della Commissione attraverso la Comunicazione del 2013 è stato ispirato alla convinzione secondo cui «gli aiuti dovrebbero essere limitati al minimo necessario ed il beneficiario dovrebbe fornire un adeguato contributo ai costi di ristrutturazione», anticipando così alcuni tratti fondamentali che hanno poi trovato sistematizzazione a livello giuridico nella Direttiva europea c.d. BRRD, con l'introduzione del c.d. *burden sharing*, prodromico all'instaurazione successiva del c.d. *bail in* per via legislativa.

A questo proposito la Corte di Giustizia UE è intervenuta sul caso *Kotnik*¹⁰⁵, a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale della Slo-

¹⁰³ In tema si v. S. Fortunato, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2010, 3, 344 ss., secondo cui i criteri di ammissibilità in merito agli aiuti di Stato che hanno ad oggetto tanto "regimi generali" quanto "interventi singolari" (*ad hoc* per singole imprese) sono stati così declinati: a) l'aiuto dev'essere strettamente mirato all'obiettivo, e cioè a porre rimedio al "grave turbamento" dell'economia e non perseguire altre finalità; b) deve altresì essere proporzionato allo scopo, ovvero limitato al minimo indispensabile senza andare al di là del fabbisogno necessario; c) deve avere caratteri non discriminatorio ed oggettivo; d) deve essere corredato di misure di salvaguardia, tese ad evitare eventuali abusi e indebite distorsioni della concorrenza; e) deve avere carattere temporaneo e perciò sottoposto a verifiche periodiche e accompagnato da adeguati incentivi all'uscita; f) deve infine essere seguito, a crisi ultimata, da misure di adeguamento dell'intero settore e/o da piani di ristrutturazione o liquidazione dei singoli beneficiari.

¹⁰⁴ Cfr. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria* («La comunicazione sul settore bancario») (2013/C 216/01) in GUCE 30 luglio 2013 C 216/1 come rettificata dalla Comunicazione 2014/C145/13.

¹⁰⁵ Cfr. CGUE, Grande Sezione, 19 luglio 2016, causa C-516/14 *Tadej Kotnik e a. c. Državni zbor Republike Slovenije*. Per un commento si v. B. Raganelli, *Aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 773 ss.; Id., *Crisi bancarie e giustizia europea*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, 439 ss.

venia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, tendente ad ottenere chiarimenti in merito alla corretta interpretazione della Comunicazione del 2013. La Corte da un lato ha ribadito il valore non vincolante delle comunicazioni emanate dalla Commissione, che tuttavia non sminuivano in alcun modo il ruolo politico rilevante che gioca l'autorità medesima, e dall'altro si è pronunciata rispetto al potere in capo alla stessa di imporre il rispetto del principio del c.d. *burden sharing*, esplicitando i profili di compatibilità di tale previsione con il diritto generale dell'UE.

Atteso che il TFUE ha attribuito alla Commissione un potere ampiamente discrezionale, essa può legittimamente esprimere orientamenti finalizzati a porre vincoli alla propria discrezionalità, stabilendo *ex ante* i criteri di approvazione delle misure sottoposte alla sua attenzione. Se, infatti, hanno affermato i giudici europei, uno Stato membro notifica alla Commissione un progetto di aiuto di Stato in linea con la Comunicazione, quest'ultima autorità in teoria dovrebbe avallare il progetto medesimo. Tuttavia, poiché i citati vincoli non hanno forza di legge, «gli Stati membri conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto di Stato che non soddisfano i criteri previsti da detta comunicazione e la Commissione può autorizzare progetti siffatti in circostanze eccezionali».

Pertanto la pronuncia oltre ad avere chiarito la natura non vincolante della Comunicazione del 2013, di fatto, ha legittimato, sia pure in presenza di circostanze eccezionali da verificarsi caso per caso, il ricorso a soluzioni che non prevedano il c.d. *burden sharing*. La portata innovativa della sentenza sembra però essere ormai stata superata dall'introduzione per via legislativa del c.d. *bail in*, più pervasivo del predetto principio. Dunque la Commissione può certamente rendere noto che intende avvalersi della discrezionalità, ma ciò non sta a significare che la condivisione degli oneri, rappresenti una *conditio sine qua non* al fine di dichiarare compatibili le misure di ausilio finanziario rispetto al quadro normativo europeo. Trattandosi di un potere discrezionale, la Commissione potrà dunque opporre un rifiuto alla concessione di aiuto qualora quest'ultimo, in deroga a quanto prevede la Comunicazione del 2013, non incentivi le banche beneficiarie ad assumere un comportamento al fine di «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» in linea con il quadro europeo. Dunque un aiuto che apporti sicuro miglioramento della situazione finanziaria dell'istituto bancario beneficiario, ma che si ponga immediatamente come non necessario al raggiungimento degli scopi sanciti dall'art. 107, par. 3 lett. TFUE, rischierà di non potere essere ritenuto compatibile con il quadro europeo del mercato interno¹⁰⁶. Per tali esigenze di natura perlopiù pubblicistica gli aiuti di Stato nel settore bancario dovrebbero essere inquadrati o interpretati all'interno della nozione di «altri eventi eccezionali» di cui all'art. 107, par. 2 lett. b) TFUE.

¹⁰⁶ *Ex multis* cfr. CGUE, II sezione, 13 giugno 2013 (C-630/11 P) *HGA e a. c. Commissione*.

Gli aiuti di Stato dovrebbero beneficiare della presunzione di compatibilità con l'assetto giuridico europeo formulata *ex ante*, previa notifica formale alla Commissione, trovando spazio nella formulazione dell'art. 108, par. 2 TFUE. In quest'ultima previsione è rimessa alla votazione unanime del Consiglio la possibilità di ritenere compatibile con le norme del mercato interno una misura di ausilio in ambito bancario in deroga al TFUE «quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione». Si prospetterebbe così l'esistenza di una rete giuridica di sicurezza e protezione rappresentata dalla possibilità per gli Stati membri di adottare misure di intervento pubblico eccezionali, senza l'obbligo di notifica preventiva alla Commissione, bensì esclusivamente con l'obbligo di comunicarli al momento della loro attuazione¹⁰⁷.

In definitiva l'orientamento manifestato dalla Corte, nel caso *Kotnik*, è stato ribadito in successive pronunce, come quella nelle cause riunite contro la Commissione e la BCE sulla ristrutturazione del settore bancario a Cipro¹⁰⁸. Il medesimo orientamento è stato espresso anche nella pronuncia, in tema di misure di sostegno pubblico a banche in crisi, da parte del Governo irlandese, nella quale è stato precisato che la disciplina europea non preclude ad uno Stato membro la ricapitalizzazione urgente di un ente creditizio in difficoltà, la cui mancanza potrebbe compromettere gravemente l'economia dello Stato di riferimento e di altri Paesi dell'UE¹⁰⁹.

La stabilità così come definita a livello legislativo e interpretata dalla giurisprudenza europea, assurge a fondamento della sostenibilità razionale e giuridica dell'attività discrezionale amplissima della Commissione in materia di crisi bancarie. La stabilità assurge nondimeno ad interesse pubblico, superiore e inderogabile che si qualifica quale valore europeo fondamentale, in grado di prevalere sia sul principio di legittimo affidamento sia sulle esigenze di tutela degli investitori¹¹⁰.

In sintesi, la Commissione dapprima ha cercato di contrastare e gestire le crisi con l'adozione di singole decisioni e comunicazioni più permissive. Questo atteggiamento ha generato il ricorso, da parte degli Stati membri, a misure distorsive della concorrenza, ma ammissibili perché giustificate dall'art. 87, comma 3, TFUE. Successivamente, superata l'emergenza più immediata la Commis-

¹⁰⁷ In questi termini si v. G. Befani, *Non performing loan, crisi bancarie e soluzioni di mercato: spunti di riflessione sulla compatibilità dell'intervento pubblico con il regime degli aiuti di Stato*, in *Dir. econ.*, 2018, 422 ss.

¹⁰⁸ Cfr. CGUE, Grande Sezione, 20 settembre 2016, cause riunite C-8/15 P *Ledra Advertising c. Commissione e BCE*, C-9/15 P *Eleftheriou e a. c. Commissione e BCE* e C-10/15 P *Theophilou c. Commissione e BCE*, nonché nelle cause riunite C-105/15 P *Mallis e Malli c. Commissione e BCE*, C-106/15 P *Tameio Pronoias Propopikou Trapezis Kyprou c. Commissione e BCE*, C-107/15 P *Chatzithoma c. Commissione e BCE*, C-108/15 P *Chatziioannou c. Commissione e BCE* e C-109/15 P *Nikolaou c. Commissione e BCE*.

¹⁰⁹ Cfr. CGUE, Grande Sezione, 8 novembre 2016, causa C-41/15 *Gerard Dowling e a. c. Minister for Finance*. Per un commento si v. B. Raganelli, *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 339 ss.

¹¹⁰ Così B. Raganelli, *La vigilanza finanziaria europea al vaglio delle Corti*, cit., 375.

sione ha modificato la sua strategia fissando condizioni maggiormente stringenti per il ricorso agli aiuti di Stato, ricorrendo nuovamente al criterio del c.d. investitore privato¹¹¹ per valutare la sussistenza o meno di un aiuto di Stato, che si basa su un'attività di comparazione con il comportamento che un investitore privato avrebbe mantenuto nel caso in esame, al fine di diminuire o neutralizzare gli effetti distorsivi della concorrenza. L'assunto su cui si fonda il "principio dell'investitore privato in un'economia di mercato" è quello secondo cui la condotta imprenditoriale dello Stato deve uniformarsi a quella di un imprenditore privato. Quest'ultima è in linea di principio ispirata al conseguimento di un profitto, sicché deve essere considerato aiuto il vantaggio corrispondente alla differenza fra le condizioni alle quali lo Stato ha assegnato i fondi all'impresa pubblica e le condizioni alle quali un investitore privato, operante secondo la logica di un investitore in condizioni normali di economia di mercato, avrebbe accettato di finanziare un'impresa privata o anche un'impresa pubblica.

In questo quadro si può ravvisare un nuovo ruolo per la Commissione, passata da un ruolo di regia in cui sono state adottate comunicazioni, al fine di fornire linee guida agli Stati per disegnare un'azione comune degli Stati applicando rigidamente le norme sugli aiuti di Stato, ad un ruolo di indirizzo. Proprio il ruolo di indirizzo si sostanzia in un controllo stringente circa il rispetto degli obblighi europei, fungendo da suggeritore rispetto alle azioni da intraprendere per ciascuno Stato membro, mediante una negoziazione preventiva finalizzata a rendere le soluzioni adottate compatibili¹¹².

Da ultimo, in conseguenza dell'emergenza sanitaria da Covid-19, che ha investito gli Stati membri dell'UE e che cagionerà danni sotto il profilo economico all'intero sistema economico europeo, la Commissione è intervenuta, al fine di ridurre i rischi, con una Comunicazione¹¹³, applicabile a partire dal 19 marzo 2020 e riguardante anche gli aiuti concessi dopo il 1° febbraio di quest'anno, in vigore fino al 31 dicembre 2020, proponendo un'interpretazione innovativa

¹¹¹ L'introduzione di un siffatto criterio risale alla metà degli anni '80 e segnatamente nella direttiva del Consiglio 81/363/CEE del 28 aprile 1981 sugli aiuti alla cantieristica navale ed alla coeva decisione della Commissione 2380/81/CEE del 7 agosto 1981 che stabiliva regole comunitarie per gli aiuti alla siderurgia. Si v. *ex multis* CGUE, 10 luglio 1986, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*; Id., 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione*; Id., 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia c. Commissione*; Id., 3 ottobre 1991, causa C-261/89, *Italia c. Commissione*. In dottrina si v. tra gli altri P. De Luca, *Il criterio dell'investitore privato in economia di mercato*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 3, 519 ss. Sui profili evolutivi del criterio si v. G.M. Caruso, *Caratteri evolutivi del criterio dell'investitore di mercato. La contrapposizione fra Stato azionista e stato autorità negli incerti parametri europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 113 ss.

¹¹² Cfr. A. Canepa, *La regolazione al tempo della crisi tra salvaguardia del mercato unico e «flessibilità» delle regole sugli aiuti di Stato*, in *Banca impresa soc.*, 2016, 464 ss.

¹¹³ Cfr. *Comunicazione della Commissione Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01)* in GUCE 20 marzo 2020 C 91 I/01 in www.eur-lex.europa.eu come modificata dalla Comunicazione 2020/C 112 I/01 in www.eur-lex.europa.eu.

del complesso quadro normativo con riferimento agli aiuti di Stato segnatamente al settore bancario. In primo luogo, la Comunicazione ha chiarito che gli aiuti concessi alle imprese mediante forme di incentivazione al credito da parte degli intermediari bancari e finanziari, non saranno qualificati come sostegno finanziario pubblico straordinario alle imprese bancarie, nell'ambito della disciplina europea sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi, né formeranno oggetto di indagine nell'ambito delle previsioni sugli aiuti di Stato applicabili ai medesimi operatori. In secondo luogo le autorità pubbliche non potranno ritenere in stato di dissesto o a rischio di dissesto gli intermediari, secondo le previsioni in materia di risanamento e risoluzione degli enti creditizi, innanzi a politiche assunte dagli Stati membri dell'UE tendenti a ricapitalizzare i soggetti intermediari, ovvero a sostenerne la capacità di reperire liquidità sul mercato e garantirne gli *asset*, in ragione degli impatti dell'emergenza sanitaria. Alla luce della predetta Comunicazione saranno dichiarati compatibili con il mercato soltanto gli aiuti, peraltro dimensionati entro un determinato valore¹¹⁴, adottati per un periodo limitato al fine di affrontare un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro e «per ovviare alla carenza di liquidità delle imprese e garantire che le perturbazioni causate dall'epidemia di COVID-19 non ne compromettano la redditività, in particolare per quanto riguarda le PMI».

4.1. *Gli interventi pubblici in Italia dopo il 2008 a fronte della crisi globale*

I fattori principali che hanno inciso significativamente sulla crisi nel nostro Paese, sono stati la crescente volatilità dei mercati azionari nell'area europea, segnatamente per il mercato bancario, il peggioramento degli indicatori di mercato riferiti alle principali banche italiane rispetto a quelli dei maggiori intermediari creditizi e finanziari europei, l'assottigliamento del rapporto tra la capitalizzazione di borsa, il valore contabile del patrimonio delle banche europee (*price-to-book ratio*). Infine, la presenza di un ingente *stock* di crediti deteriorati (*Non per-*

¹¹⁴ Tra le misure ammissibili, gli aiuti finalizzati a garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese. Le tipologie di aiuti ammissibili e le intensità di aiuto sono state implementate dalla successiva Comunicazione del 3 aprile. Con tale intervento, gli Stati membri sono, tra l'altro, ora autorizzati a concedere, fino al valore nominale di 800.000 euro per impresa, prestiti a tasso zero, garanzie su prestiti che coprono la totalità del rischio o fornire capitale. L'intervento può essere cumulato, con altre misure consentite in via ordinaria, come gli aiuti *de minimis* (portandosi dunque l'entità dell'aiuto per impresa a un milione di euro) e con altre misure consentite in via straordinaria.

formig loans - Npl)¹¹⁵, attualmente ritornato ad un livello inferiore a quello segnalato prima del 2008¹¹⁶, ha vulnerato il sistema creditizio nazionale¹¹⁷.

Dinnanzi al dilagare della crisi economico-finanziaria globale, anche in Italia si è radicata la consapevolezza che occorresse attivare politiche pubbliche interventiste. Queste ultime si sono esplicitate con l'adozione del d.l. 9 ottobre 2008, n. 155, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2, e con l'ulteriore d.l. 13 ottobre 2008, n. 157 rubricato "Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio", preordinati a conseguire gli obiettivi di stabilità del sistema finanziario, ad assicurare liquidità adeguata al mercato per non compromettere l'erogazione del credito a favore di imprese e consumatori, infine, a ricostruire la fiducia dei soggetti risparmiatori.

Con il d.l. n. 155/2008 le politiche d'intervento pubblico hanno assunto il carattere della capitalizzazione delle imprese bancarie (anche in deroga alle norme di contabilità di Stato), mediante autorizzazione rilasciata al MEF a sottoscrivere o garantire aumenti di capitale deliberati dalle banche che si sono trovate in uno stato di inadeguatezza, sotto il profilo patrimoniale, previamente asseverato dalla Banca d'Italia. Tale sottoscrizione è stata attivata a condizione che l'aumento di capitale non fosse ancora perfezionato, alla data di entrata in vigore del decreto medesimo e che vi fosse un programma di stabilizzazione a trentasei mesi della banca interessata. Ancorché le azioni detenute dal MEF non accordassero alcun diritto di voto negli organi sociali delle banche, oggetto di ricapitalizzazione, il Ministero ha conservato due poteri fondamentali sotto l'aspetto dell'influenza sulla *governance* bancaria. Il primo potere concerneva le variazioni sostanziali al

¹¹⁵ Cfr. C. Barbagallo, *I crediti deteriorati delle banche italiane: problematiche e tendenze recenti*, Primo Congresso Nazionale FIRST CISL, "La fiducia tra banche e Paese: NPL, un terreno da cui far ripartire il dialogo", Roma, 6 giugno 2017, in www.bancaditalia.it, ad avviso del quale all'inizio della crisi «[...] le banche meno deboli (con un rapporto tra crediti deteriorati lordi e totale degli impieghi inferiore alla media) registravano dati compresi tra 2 e 3 punti percentuali; quelle più deboli (con un rapporto superiore alla media) erano attestate intorno ai 7 punti percentuali. Per le prime questo rapporto ha toccato il culmine tra il 2014 e il 2015, attestandosi al 15-17 per cento; per le seconde ha superato il 35 per cento negli anni 2015-2016».

¹¹⁶ Cfr. Banca d'Italia, *Relazione annuale 2018*, Roma 31 maggio 2019, in www.bancaditalia.it, 173 ss., che ha evidenziato come nel 2018 «il flusso dei nuovi prestiti deteriorati in relazione al volume totale dei crediti è diminuito di mezzo punto percentuale all'1,6 per cento, inferiore a quelli registrati prima della crisi finanziaria del 2008, peraltro nel primo trimestre del 2019 il suddetto valore è diminuito all'1,3 per cento. Negli ultimi anni il calo dell'indicatore ha riflesso sia un miglioramento della congiuntura, sia una maggiore selettività degli intermediari che hanno orientato l'erogazione dei prestiti verso le aziende meno rischiose [...]. Nel corso dell'anno i crediti deteriorati si sono ridotti in misura marcata, sia al lordo sia al netto delle rettifiche di valore. Alla fine del 2018 le consistenze nette erano pari a 90 miliardi, circa 40 in meno rispetto all'anno precedente; la loro incidenza è diminuita dal 6,1 al 4,3 per cento. Le sofferenze nette erano pari a 35 miliardi e costituivano l'1,7 per cento del totale del credito bancario».

¹¹⁷ Cfr. Banca d'Italia, *Rapporto sulla stabilità finanziaria*, novembre 2016, 32 ss., in www.bancaditalia.it. Una recente analisi condotta dalla Banca d'Italia, ha evidenziato, tuttavia, che l'offerta di finanziamenti bancari alle imprese italiane tra il 2008 e il 2015 non è stata determinata dal livello elevato di crediti deteriorati (cfr. Banca d'Italia, *Questioni di economia e finanza*, n. 374, marzo 2017, in www.bancaditalia.it).

programma di stabilizzazione che sono soggette alla preventiva approvazione del MEF sentita la Banca d'Italia; il secondo potere riguardava, invece, la possibile situazione di grave crisi di un istituto di credito che potesse pregiudicare la stabilità del sistema finanziario. In quest'ultima ipotesi il Ministero ha potuto disporre lo scioglimento degli organi sociali su proposta della Banca d'Italia, secondo le procedure stabilite dal Testo unico bancario.

Accanto all'intervento in via diretta nel capitale azionario degli istituti di credito sono state introdotte anche misure finalizzate alle sovvenzioni ed alle concessioni di garanzia da parte dello Stato. Qualora per soddisfare esigenze di liquidità, la Banca d'Italia avesse erogato finanziamenti garantiti mediante pegno o cessione di credito, la garanzia s'intendeva accordata all'atto della sottoscrizione del contratto di garanzia finanziaria. Il Ministero parimenti ha avuto la facoltà di rilasciare la garanzia statale su finanziamenti erogati dalla Banca d'Italia, ed è stato abilitato a rilasciare la garanzia statale a favore dei depositanti delle banche italiane, per un periodo di trentasei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, ad integrazione degli interventi di sistema di garanzia dei depositanti riconosciuti *ex art. 96* del Testo unico bancario.

Con il d.l. 157/2008 è stato poi esteso l'ambito delle garanzie che potevano essere prestate dal Ministero, fino al 31 dicembre 2009, data entro cui quest'ultimo è stato autorizzato a concedere la garanzia dello Stato, a condizioni di mercato, sulle passività delle banche con scadenza fino a cinque anni. Inoltre il MEF è stato abilitato a concedere la garanzia statale, sempre a condizioni di mercato, sulle operazioni stipulate dalle banche, per ottenere la temporanea disponibilità di titoli utilizzabili per operazioni di rifinanziamento.

Nel biennio 2007-2008 pertanto il legislatore italiano ha ritenuto di approntare moduli di pubblicizzazione proprietaria e finanziaria, con misure di sostegno alla capacità patrimoniale e alla liquidità delle banche italiane. Attraverso un ulteriore d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 28 gennaio 2009, n. 2, è stata attribuita al MEF la facoltà di sottoscrivere, a determinate condizioni, obbligazioni bancarie speciale emesse da istituti di credito italiani (c.d. *Tremon-ti-bond*). Lo scopo di quest'ultima misura è stato quello di ristabilire l'adeguatezza dei flussi di finanziamento e l'equilibrio del rapporto tra credito ed economia. L'implementazione sotto il profilo patrimoniale e l'agevolazione al reperimento di liquidità, hanno perseguito l'obiettivo di una maggiore e continua erogazione del credito, da parte degli istituti di credito, in obbedienza ad un criterio anticiclico rispetto alle tendenze macro-economiche che si stavano affermando in quel frangente. In questo modo lo Stato ha assunto un ruolo dirimente nell'economia, diretto a sbloccare, mediante la concessione di garanzia pubblica, flussi ordinari di allocazione di risorse nei confronti dei consumatori da un lato e delle imprese

dall'altro¹¹⁸. Come si vedrà, per far fronte alla crisi del sistema bancario, il Governo ha provveduto, a mezzo di numerosi decreti legge, principalmente in un arco temporale compreso tra novembre 2015 e giugno 2017.

4.2. *La ricapitalizzazione precauzionale statale del Monte dei Paschi di Siena*

Accanto ad interventi di pubblicizzazione proprietaria e finanziaria, si sono riscontrati anche interventi di pubblicizzazione funzionale, perché il rafforzamento patrimoniale e di liquidità per le banche ha avuto la finalità di garantire una più fluida erogazione del credito da parte delle banche stesse¹¹⁹ (es. Monte dei Paschi di Siena - MpS). Si è così configurato un intervento statale preordinato allo sblocco tramite la garanzia pubblica dei flussi ordinari di allocazione delle risorse verso consumatori ed imprese. L'intervento pubblico a favore di MpS, si è giustificato sulla base del fatto che il soggetto interessato è stato un istituto bancario di rilevanti dimensioni, colpita dalla crisi più complessa e più lunga, sviluppatasi tanto nell'area della finanza quanto nell'area del credito¹²⁰.

La già compromessa situazione dell'istituto bancario è stata ulteriormente condizionata dalla lunga recessione che ha impattato notevolmente sul portafoglio crediti a partire dal 2012 e da rilevanti problemi di liquidità, che hanno comportato reiterati interventi di sostegno da parte della Banca d'Italia. Un altro profilo di indubbia criticità ha riguardato l'inasprimento delle regole di vigilanza sui coefficienti patrimoniali, soprattutto dopo il 2014, in vista dell'avvio del SSM. Nel 2016, alla luce dei risultati degli *stress test* condotti dall'EBA per MpS,

¹¹⁸ In questi termini G. Sciascia, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, cit., 421 ss.

¹¹⁹ Cfr. d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 135, che ha disciplinato la sottoscrizione pubblica dei c.d. Nuovi Strumenti Finanziari (c.d. Monti-bond), in favore del Monte dei Paschi di Siena (MpS) segnatamente all'art. 23-sexies. Come emerge dalla Relazione di maggioranza redatta dal Sen. Mauro Maria Marino a conclusione dei lavori della Commissione d'Inchiesta sul Sistema bancario e finanziario (istituita con l. n. 107 del 12 luglio 2017, entrata in vigore a partire dal 28 luglio 2017) «Nel dicembre 2012 la Commissione europea approva temporaneamente la ricapitalizzazione di MpS, subordinatamente alla presentazione di un piano di ristrutturazione entro sei mesi dalla data della decisione. MpS richiede di emettere Monti Bonds per un importo complessivo di 3,9 miliardi, di cui 1,9 miliardi per il rimborso dei Tremonti Bond già in essere che aveva emesso nel 2009 per 1,9 miliardi in base al D.L. n. 185 del 28.11.2008); ulteriori 171 milioni di Nuovi Strumenti Finanziari (NSF) verranno emessi a fronte del pagamento degli interessi maturati per il 2012 sui Tremonti Bond. La Commissione Europea approva la versione definitiva del Piano di ristrutturazione nel novembre 2013. MpS si impegna inoltre a convertire i NSF qualora l'aumento di capitale previsto nel piano non si realizzi. I NSF verranno successivamente integralmente rimborsati da MpS, con una tempistica accelerata rispetto a quella definita nel piano di ristrutturazione approvato dalla Commissione Europea».

¹²⁰ Per una ricostruzione puntuale delle complesse vicende si v. Senato della Repubblica, Camera dei Deputati, Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario Legge 12 luglio 2017, n. 107, Banca Monte dei Paschi di Siena, *Audizione di Carmelo Barbagallo, capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria*, Banca d'Italia. Palazzo San Macuto, 22 novembre 2017, in www.senato.it.

in cooperazione con la BCE e le autorità di vigilanza nazionali, che hanno restituito un quadro precario dal punto di vista patrimoniale, la BCE ha intimato a MpS di trovare una soluzione credibile per risolvere le evidenti criticità. Fallita ogni altra soluzione di ricapitalizzazione del MpS, che ha interessato un istituto bancario (che non era ancora a rischio di dissesto tale da far scattare la procedura di c.d. *bail in* e che ha avuto soltanto l'esigenza di ricondurre il proprio capitale sociale ai livelli di sicurezza richiesti dalla BCE), un chiaro esempio di sostanziale fallimento delle soluzioni di mercato alla crisi del sistema bancario¹²¹, si è aperta così la strada all'*extrema ratio* della ricapitalizzazione precauzionale di Stato. L'intervento pubblico, adottato nel dicembre 2016¹²², sempre con decretazione d'urgenza, ed entro i limiti fissati dalla stringente normativa europea, dopo l'avvento del SRM e della Comunicazione del 2013, in materia di aiuti di Stato, si è esplicato con l'adozione di misure a sostegno del comparto bancario seguendo tre linee direttrici: sostegno alla liquidità mediante la concessione di garanzia statale su passività di nuova emissione; rilascio di garanzia pubblica su operazioni di erogazione di liquidità di emergenza effettuate dalla Banca d'Italia per fronteggiare gravi crisi di liquidità; acquisto o sottoscrizione, da parte del MEF di azioni di nuova emissione per conseguire la ricapitalizzazione precauzionale diretta al rafforzamento patrimoniale di MpS. Il decreto-legge ha introdotto anche limitate disposizioni a protezione dei risparmiatori delle quattro banche¹²³ (Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti) che dalla fine del 2015 sono state poste in risoluzione sfruttando gli strumenti giuridici messi a disposizione dal diritto europeo. In realtà il maggiore beneficiario delle misure di sostegno è stato MpS, per via dell'estrema rilevanza che riveste all'interno del sistema bancario nazionale, essendo la terza banca italiana per numero di filiali e presentando esigenze di ricapitalizzazione pari a 8,8 miliardi di euro¹²⁴. Attraverso il citato intervento lo Stato ha cercato di evitare che le difficoltà ipotetiche di un intermediario (quali quelle che emergono da una prova di *stress test*) si traducessero in difficoltà effettive, con conseguenze per l'intermediario stesso e per la complessiva stabilità del sistema finanziario. MpS ha così richiesto forme straordinarie di supporto alla liquidità previste dal citato decreto, ovvero la garanzia pubblica su nuove emissioni di passivi-

¹²¹ G. Befani, *op. cit.*, 416 ss.

¹²² D.l. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito in l. 17 febbraio 2017, n. 15.

¹²³ Cfr. art. 26-*bis* d.l. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito in l. 17 febbraio 2017, n. 15, attraverso cui è stato esteso fino al 31 maggio 2017 il termine entro cui i titolari di obbligazioni subordinate, dichiarate estinte, emesse dalle quattro banche interessate, dovevano scegliere se presentare istanza di indennizzo finalizzata alla corresponsione di una somma forfettariamente determinata nell'80% del valore complessivo dei titoli posseduti oppure se tentare di recuperare la somma totale investita ricorrendo ad un giudizio arbitrale dagli esiti incerti.

¹²⁴ Cfr. Parere BCE, 3 febbraio 2017, relativo a misure per l'erogazione di liquidità, alla ricapitalizzazione precauzionale e ad altre disposizioni urgenti per il settore creditizio (CON/2017/1), in www.ecb.europa.eu.

tà. In seguito l'istituto bancario senese ha trasmesso al MEF, alla BCE e alla Banca d'Italia l'istanza per accedere alla ricapitalizzazione precauzionale, che è stata accordata attivando quel meccanismo pubblico che, per risultare conforme alle norme sugli aiuti di Stato, ha dovuto assumere il carattere della temporaneità e proporzionalità all'esigenza di prevenire o evitare un grave perturbazione economica. Lo Stato ha così acquisito dal 2017 poco più del 68% di MpS, e secondo gli accordi con l'UE, dovrà uscirne entro il 2021. È dunque sulla condivisione della ripartizione degli oneri, che si sono registrate le maggiori problematiche imposte dalla regolamentazione europea. Quest'ultima continua a qualificare l'intervento pubblico legittimo quando è eccezionale e precauzionale, sempre successivo al prezzo pagato dal mercato, prescindendo dalle conseguenze in termini di ricadute pratiche e di grave alterazione di fiducia, che rischiano di insidiare l'equilibrio che si fonda al contrario proprio sulla fiducia nella stabilità delle transazioni¹²⁵.

Gli interventi pubblici, straordinari ed eccezionali, peraltro rispettosi delle prescrizioni europee sugli aiuti di Stato, operati nel dicembre 2016 con il decreto-legge approvato dal Governo, per garantire la stabilità e la fiducia nel sistema bancario, hanno riprodotto misure analoghe a quelle approvate nei dieci anni precedenti, in costanza della crisi del 2008. Il carattere emergenziale ed i contenuti *extra ordinem* dei provvedimenti legislativi adottati, non hanno più pertanto una scadenza temporale ma hanno, per contro, assunto una condizione organica e sistemica, che induce sempre di più i poteri pubblici a interpretare un ruolo pervasivo, ma anche necessario, in chiave correttiva dei fallimenti o delle afasie del mercato in economia¹²⁶.

4.3. *La risoluzione delle quattro banche locali italiane: un'applicazione parziale e temperata del c.d. bail in*

Nel 2015, la risoluzione, ad opera della Banca d'Italia, previa autorizzazione del MEF, delle quattro banche in amministrazione straordinaria (Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti) ed a rilevanza locale ed il rischio di risoluzione occorso nel 2016 a Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, evitato mediante l'istituzione del c.d. fondo Atlante I (che ha attivato operazioni di ricapitalizzazione e acquisto di crediti deteriorati dei due istituti di credito), hanno riattualizzato ancora una volta la figura dello Stato facilitatore. Quest'ultima figura costituisce un paradigma dell'interazione pubblico-privato che è possibile registra-

¹²⁵ G. Befani, *op. cit.*, 421.

¹²⁶ V. Turchini, *Il decreto salva-risparmio: lo "Stato salvatore" alla prova di nuovi vincoli europei*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 470.

re tra i moduli di pubblicizzazione del credito, al ricorrere di quattro condizioni: la presenza di circostanze che possano generare instabilità del sistema finanziario, e quindi minare la tenuta dello stesso; l'impossibilità di procedere a forme generalizzate di regolazione ai fini della risoluzione del fenomeno specifico con la necessità di ricorrere a soluzioni *ad hoc*, da circoscrivere e limitare sotto il profilo sostanziale e temporale; la presenza di disposizioni che impongono vincoli o comunque restrizioni all'impiego di strumenti tradizionali tipici della pubblicizzazione, ovvero al ricorso ai moduli relativi a quest'ultima, quali ad esempio le forme di sostegno pubblico a livello finanziario; la necessità di un coordinamento più o meno formalizzato dell'intervento, sia con attori istituzionali anche sovranazionali, sia più spesso con operatori non rientranti nel perimetro pubblico, ovvero con altri operatori di mercato¹²⁷.

La crisi delle quattro banche affonda le proprie radici nel biennio 2008-2009 e deriva da cause comuni che sono emerse a seguito dell'azione della vigilanza che tra il 2013 ed il 2015 ha portato al loro commissariamento. Le quattro banche poste in risoluzione in data 21 novembre 2015 per decreto-legge¹²⁸ sono state salvate impiegando anzitempo gli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie, introdotti dalla normativa europea. Attraverso la decretazione d'urgenza sono state approvate le norme procedurali per permettere ed agevolare il tempestivo avvio delle procedure di risoluzione ed accelerare le procedure di costituzione di quattro enti ponte (c.d. *bridge banks*), assicurando la continuità operative dell'attività bancaria, ai quali sono stati trasferiti azioni, partecipazioni, diritti nonché attività e passività delle quattro banche poste in risoluzione. A fronte dell'azzeramento dei diritti degli azionisti e dei sottoscrittori di alcune obbligazioni subordinate delle quattro banche, necessario ai fini della copertura delle perdite realizzate, il decreto-legge determinando la costituzione *ex lege* delle c.d. *bridge banks*, ha predisposto le condizioni più adeguate per una cessione a terzi delle partecipazioni al capitale dei diritti delle attività e delle passività acquistate, a prezzo di mercato con retrocessione dei ricavi al Fondo Nazionale di Risoluzione (FNR). Contestualmente è stata prevista l'istituzione di un'unica c.d. *bad bank*, priva di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, con capitale interamente sottoscritto dal FNR e destinata ad assorbire le perdite non coperte. Inoltre, per ciascun ente ponte sono state separate le attività buone da quelle cattive, nei rispettivi bilanci, ed è stato attribuito il potere alla Banca d'Italia di nominare gli amministratori e di adottare gli statuti degli enti ponte stessi.

¹²⁷ Si v. G. Sciascia, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, cit., 441.

¹²⁸ Cfr. d.l. 22 novembre 2015, n. 183, che è decaduto per mancata conversione in legge, e pertanto gli effetti dello stesso sono stati resi possibili dall'art. 1, commi 846 e 854, della l. 28 dicembre 2015, n. 208.

Il fulcro centrale dell'operazione di salvataggio delle quattro banche è rappresentato dal FNR¹²⁹, strumento introdotto dalla normativa europea, segnatamente dalla Direttiva c.d. BRRD ed amministrato dall'Unità di Risoluzione e Gestione delle crisi della Banca d'Italia. Il citato decreto ha introdotto un prelievo straordinario nei confronti delle banche aventi sede legale in Italia e le succursali italiane di banche extra-europee. Il prelievo è consistito nel versamento in misura definita dalla Banca d'Italia di contributi al Fondo predetto, successivamente all'entrata in vigore del SRM, ove i contributi ordinari e straordinari già versati non fossero risultati sufficienti alla copertura delle obbligazioni, perdite, costi e altre spese a carico del Fondo stesso, determinati dalle misure di avvio della risoluzione. I contributi sono risultati necessari alla sottoscrizione del capitale sociale delle quattro c.d. *bridge banks* costituite *ex lege*, compiuta dal Fondo. L'assenza di un'immediata liquidità disponibile per l'avvio dell'operazione ha richiesto l'intervento di Banca Intesa San Paolo, Unicredit Banca e UBI Banca con scadenze a diciotto mesi a tasso di mercato parzialmente garantiti da Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. (CdP), nell'ipotesi di eventuale incapienza del Fondo alla data di scadenza del prestito medesimo.

La soluzione adottata con la risoluzione delle quattro è dunque stata ritenuta conforme alle norme in materia di aiuti di Stato, pur non mancando qualche analogia con il caso che aveva interessato in precedenza Tercas - Cassa di risparmio della provincia di Teramo S.p.A. In entrambi i casi l'onere del salvataggio è ricaduto sul sistema bancario, segnatamente mediante il FNR per le quattro banche e attraverso il Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) mediante contributi obbligatori, la cui azione è stata in realtà resa impraticabile nel salvataggio della Tercas, a causa di una pronuncia della Commissione, che aveva ravvisato profili di incompatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato¹³⁰. Tuttavia, di recente, il Tribunale dell'UE¹³¹, chiamato a pronunciarsi in merito alla domanda di annullamento della decisione UE 2016/1208 della Commissione del 23 dicembre 2015, che inquadrava le misure di copertura del deficit patrimoniale e di concessione di determinate garanzie a beneficio di Tercas, da parte del FITD quali aiuti di Stato, ha annullato la decisione della Commissione secondo cui un intervento di sostegno di un consorzio di diritto privato, ovvero il FITD a favore di uno dei suoi

¹²⁹ Costituito con provvedimento della Banca d'Italia n. 1226609/2015 del 18 novembre 2015 ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. n. 180/2015.

¹³⁰ Cfr. Decisione della Commissione Europea, 23 dicembre 2015, C/2015, 9526 (fin) relativa alla Cassa di Risparmio della Provincia di Teramo oggetto di impugnazioni innanzi alla Corte di giustizia. In merito si veda A. Argentati, *Sistemi di garanzia dei depositi e crisi bancarie: c'è aiuto di Stato?*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2015, 317 ss.

¹³¹ Cfr. Trib. UE, Sez. III ampliata, 19 marzo 2019 cause riunite T-98/16, *Italia c. Commissione*, T-196/16, *Banca Popolare di Bari SCpA, già Tercas - Cassa di risparmio della provincia di Teramo SpA (Banca Tercas SpA) c. Commissione*, e T-198/16, *Fondo interbancario di tutela dei depositi c. Commissione*.

membri, ovvero Tercas, costituiva un «aiuto concesso da uno Stato». Il Tribunale dell'UE, ha ricordato che, per definire la nozione di aiuto di Stato, occorre fare leva su due presupposti cumulativi e differenti di cui all'art. 107 paragrafo 1 del TFUE: dev'essere imputato allo Stato e deve essere concesso mediante risorse statali. Sotto il primo profilo, il Tribunale ha sottolineato che il FITD, ente privato, ha agito in maniera autonoma al momento dell'adozione dell'intervento a favore di Tercas. L'intervento del FITD non si è posto in esecuzione di un mandato pubblico mentre, sotto il secondo profilo, il Tribunale ha segnalato come la Commissione non sia riuscita a dare evidenze in ordine al fatto che i fondi concessi a Tercas a seguito dell'intervento di FITD, siano stati controllati dalle autorità politiche pubbliche italiane. La controversia, tuttavia, non è ancora conclusa, in quanto la Commissione ha deciso di ricorrere al giudizio d'appello.

In realtà è duplice la differenza tra le due vicende: sotto un primo aspetto è di tono minore sicuramente l'assenza di commissioni e di rimborsi per le garanzie pubbliche emesse a favore di Tercas nell'ambito di un intervento che non si atteggiava a quello proprio di un operatore economico in un'economia di mercato. L'intervento del FNR per le quattro banche, pur agendo sotto mandato pubblico, ha emesso garanzie onerose accompagnate da un rendimento adeguato alle condizioni di mercato. Sotto un secondo aspetto, che esplicita maggiormente la differenza sostanziale tra le due operazioni, nel caso di Tercas il salvataggio è avvenuto secondo un schema improntato ancora al c.d. *bail out* con esborso di risorse pubbliche e con inevitabile distorsione della concorrenza. Nel caso delle quattro banche il modello di salvataggio è stato ancorato al modello del c.d. *bail in*, ancorché temperato e parziale perché limitato al solo c.d. *burden sharing*, applicando gli istituti della Direttiva c.d. BRRD in forma *light*¹³². Quest'ultimo pur essendo ancora un punto molto controverso e per nulla condiviso unanimemente a livello europeo (sono note le perplessità manifestate dalla Banca d'Italia in merito a tale criterio e ai suoi potenziali alti rischi e la proposta di misure alternative che però non hanno trovato accoglimento¹³³), è diventato il criterio in base al quale

¹³² Sfruttando un'opzione prevista dalla BRRD il legislatore italiano ha prorogato di un anno al primo gennaio 2016 l'entrata in vigore delle disposizioni della direttiva relativa al c.d. *bail in*. Ciò ha permesso di applicare alle quattro banche poste in risoluzione nel novembre del 2015 solo il c.d. *burden sharing*, coinvolgendo nell'assorbimento delle perdite, gli azionisti e i titolari di obbligazioni subordinate».

¹³³ Cfr. Camera dei Deputati, VI Commissione Finanze, *Indagine conoscitiva sul sistema bancario italiano, Audizione di Carmelo Barbagallo, capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria*, Banca d'Italia, 9 dicembre 2015, in www.camera.it, secondo il quale «Nell'evitare di addossare i costi delle crisi ai contribuenti, le nuove norme europee li fanno ricadere in primo luogo sugli azionisti e sui creditori della banca (il cosiddetto *bail-in*). È questo il secondo dei tre canali sopra menzionati. Come segnalato dalla letteratura economica e dall'esperienza passata, anche questa scelta non è priva di rischi e incertezze. A fronte dei benefici che ho ricordato, il *bail-in* può acuire – anziché mitigare – i rischi di instabilità sistemica provocati dalla crisi di singole banche. Esso può minare la fiducia, che costituisce l'essenza dell'attività bancaria; comportare un mero trasferimento dei costi

la Commissione compie valutazioni per distinguere tra sostegni statali conformi o meno alle norme europee.

4.4. *La liquidazione c.d. conservativa di Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca ed i moduli collaborativi pubblico-privati di salvataggio*

Un'altra vicenda significativa e paradigmatica dei moduli pubblicistici d'intervento nel settore bancario, è rappresentata dall'istituzione nel 2016 del c.d. fondo Atlante I¹³⁴, quale espressione di un modulo di sinergia collaborativa pubblico-privato nel settore bancario, con l'intervento congiunto da un lato di CdP, che da cassa semi-pubblica custode del risparmio postale ed erogatrice dei muti per gli enti locali, è divenuto un vero e proprio strumento di politica industriale come ha riconosciuto il giudice contabile¹³⁵, e dall'altro della Società di Gestione delle Attività S.p.A. (SgA), interamente controllata e partecipata dal MEF. Detto fondo è stato destinato ad assicurare, agendo quale soggetto sottoscrittore di ultima istanza, il successo degli aumenti di capitale necessari per Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca, che si trovavano ad affrontare oggettive difficoltà di mercato, acquistando le eventuali azioni rimaste inoprate a seguito dell'applicazione della procedura di liquidazione c.d. conservativa¹³⁶ secondo le disposizioni nazionali.

La provvista del primo c.d. Fondo Atlante, esaurita per gli aumenti di capitale che hanno implicato investimenti pari a 2,5 miliardi di euro, non è tutta-

della crisi dalla più vasta platea dei contribuenti a una categoria di soggetti non meno meritevoli di tutela – piccoli risparmiatori, pensionati – che in via diretta o indiretta hanno investito in passività delle banche».

¹³⁴ Nell'aprile 2016, è stato istituito il Fondo Atlante I: le quote del Fondo sono state sottoscritte da 67 investitori (banche, fondazioni bancarie, assicurazioni, società pubbliche) per un totale di 4,2 miliardi di euro (CdP ha sottoscritto quote per 500 milioni di euro); ad oggi la dotazione disponibile del Fondo ammonta a 949 milioni di euro. Il Fondo Atlante I effettua investimenti in banche che abbiano ratio patrimoniali inadeguati rispetto ai minimi stabiliti nell'ambito degli *stress test* condotti dalle autorità di vigilanza nazionali o europee, e che quindi realizzino, su richiesta delle autorità stesse, interventi di rafforzamento patrimoniale da attuarsi mediante aumento di capitale; crediti deteriorati (Npls) generati da una pluralità di banche italiane, eventualmente garantiti da *asset* anche immobiliari; in merito alla governance del Fondo, nessuno degli investitori dispone di diritti tali da poter indirizzare le scelte di investimento del Fondo, che sono pertanto assunte in piena autonomia dalla Sgr; il Fondo non esercita direzione e coordinamento sulle banche oggetto di investimento, né sottopone le stesse a direzione unitaria.

¹³⁵ Cfr. C. Conti, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Cassa depositi e prestiti S.p.A. 2017*, determinazione del 5 febbraio 2019, n. 9, 56, in www.cortecconti.it, secondo cui «I risultati del 2017 ribadiscono il ruolo centrale e di promozione svolto dal Gruppo CdP a sostegno dell'economia italiana, ad ulteriore conferma della trasformazione della società in un vero e proprio strumento di politica industriale».

¹³⁶ L'espressione è di L. Stanghellini, *Tutela dell'impresa bancaria e tutela dei risparmiatori*, in *Banca impresa soc.*, 2018, 436 ss., secondo cui «Si è trattato, nella sostanza, di un'operazione finalizzata al mantenimento della continuità aziendale, assistita da aiuti di Stato ed effettuata mediante una liquidazione non mediante una risoluzione che avrebbe concesso un ristretto margine di manovra e avrebbe avuto conseguenze più pesanti per i risparmiatori».

via riuscita a risolvere la questione dei Npl ovvero i crediti bancari deteriorati. Quest'ultima circostanza ha richiesto l'attivazione di un c.d. Fondo Atlante II¹³⁷ preordinato soltanto alla sottoscrizione di titoli *junior* (più rischiosi) e *mezzanine* (mediamente rischiosi) emessi nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione, a cui è preclusa la garanzia pubblica riservata soltanto alla classe dei titoli *senior* (meno rischiosi). Si ricorda proprio a questo proposito che per incentivare lo sviluppo del mercato delle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati, il governo, ha emanato il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, in cui ha previsto la possibilità per il MEF di «concedere la garanzia dello Stato sulle passività emesse nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione di cui all'articolo 1 della legge 30 aprile 1999, n. 130»¹³⁸. I meriti di tali misure sono riscontrabili nell'aver garantito indirettamente interessi pubblici, quali la stabilità e la competitività del sistema bancario, la tutela dei depositanti, la prevenzione dei rischi derivanti da un'estesa applicazione del c.d. *bail in* e della nota problematica delle detenzione di quote ingenti di titoli mobiliari, potenzialmente azzerabili da parte di piccoli risparmiatori¹³⁹. Le maggiori criticità ravvisabili nell'azione congiunta dei due Fondi Atlante, se nel breve periodo non ha presentato particolari problemi, nel medio e lungo periodo la stessa azione potrebbe celare alcune insidie legate ad un possibile contagio sistemico, laddove l'acquisto dei titoli *mezzanine* e *junior*, sposterebbe l'eventuale insolvenza direttamente sul bilancio del Fondo stesso aumentando così l'esposizione degli investitori istituzionali coinvolti come Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. Il rischio è quello di rinviare il problema *sine die* senza affrontarlo strutturalmente. Sotto il profilo della compatibilità con le norme europee in materia di aiuti di Stato, l'istituzione del c.d. Fondo Atlante potrebbe dare adito ad eventuali contrasti (come si è verificato nel caso del FITD e del FNR, poi risolto dalla pronuncia del Tribunale dell'UE) dato in particolare dalla partecipazione di CdP e della SgA, che rischierebbe di alterare la natura privata degli stessi, laddove le loro finalità pubbliche non permettessero di accertare il rispetto del canone dell'investitore privato, in regime di libero scambio. Solo infatti nel rispetto di quest'ulti-

¹³⁷ Nel luglio del 2016, è stato costituito il c.d. Fondo Atlante II: le quote sono state sottoscritte da dieci investitori (banche, assicurazioni, società pubbliche) per un totale di 2,1 miliardi di euro (CdP ha sottoscritto quote per 250 milioni di euro); la dotazione del Fondo risulta, ad oggi, interamente disponibile. Il c.d. Fondo Atlante II effettua investimenti: mediante sottoscrizione di strumenti finanziari di diverse *seniority*, concentrandosi su esposizioni *junior* (più rischiose) ed eventualmente *mezzanine* (mediamente rischiose). Per quanto attiene alla *governance* del Fondo, nessuno degli investitori di Atlante II dispone di diritti di *governance* tali da poter indirizzare le scelte di investimento del Fondo, che sono quindi assunte in piena autonomia dalla Sgr.

¹³⁸ Il meccanismo di garanzia pubblica chiamato Garanzia Cartolarizzazione Sofferenze (GACS), ha consentito allo Stato di garantire a prezzo di mercato, solo le cartolarizzazioni *senior*. Lo schema è stato poi prorogato nel tempo, previa autorizzazione della Commissione Europea. Per un'analisi circa i limiti della garanzia pubblica alle operazioni di cartolarizzazioni delle sofferenze bancarie si v. G. Befani, *op. cit.*, 410.

¹³⁹ Cfr. G. Sciascia, *I profili pubblicistici del credito tra dimensione nazionale e innovazioni sovranazionali*, cit., 445.

mo criterio gli aiuti di Stato potrebbero risultare compatibili con l'ordinamento europeo, che pone il *discrimen* degli interventi pubblici in base agli effetti potenzialmente distorsivi del mercato unico europeo concorrenziale.

La BCE ha accertato lo stato di dissesto o rischio di dissesto delle due banche e successivamente il SRB ha stabilito che non sussistevano tutti i requisiti per una risoluzione secondo le regole europee, secondo quanto dispone la Direttiva c.d. *BRRD*. Dei tre requisiti, secondo il SRB non sussisteva in questo caso l'interesse pubblico, ovvero le banche non sono state considerate sistemiche per l'eurozona. A questo punto sarebbero scattate le procedure nazionali previste dal Testo unico bancario, ovvero la liquidazione coatta amministrativa. Tuttavia, la procedura ordinaria rischiava di produrre conseguenze negative per il tessuto produttivo e sociale, per l'occupazione e per i risparmiatori. Pertanto il governo ha deciso misure pubbliche a sostegno di una liquidazione c.d. conservativa ordinata delle banche citate. Il MEF su proposta della Banca d'Italia ha proceduto con un *iter* che prevedeva la sottoposizione delle banche venete a liquidazione coatta amministrativa, a mezzo del d.l. 25 giugno 2017, n. 99, la disposizione della continuazione dell'esercizio dell'impresa, la previsione della cessione dell'azienda bancaria o di rami di essa ad un acquirente e l'effettuazione di misure di sostegno pubblico a sostegno della cessione. Quindi la Banca d'Italia ha nominato i commissari liquidatori che hanno provveduto alla cessione per la cifra simbolica di un euro, a favore di Banca Intesa San Paolo, di un ramo d'azienda *in bonis* per ciascuna delle due banche venete. La vicenda che ha interessato le due banche venete, testimonia che il mancato assoggettamento alla risoluzione, per via del mancato riscontro dell'interesse pubblico, non implica per un istituto bancario in stato di dissesto *ex se* la sottoposizione alla liquidazione atomistica dell'impresa bancaria medesima¹⁴⁰. L'intervento dello Stato, si è declinato con la partecipazione diretta agli oneri di ristrutturazione per 4,7 miliardi euro e a mezzo di garanzie per perdite future per 750 mln di euro e indiretta per 5,5 miliardi euro di finanziamento per la liquidazione e la «liquidazione ordinata» della parte restante.

Un parallelismo, ancorché parziale, con il caso che ha interessato le banche venete, è operabile rivolgendo l'attenzione all'esperienza di gestione spagnola delle crisi bancarie, con particolare riferimento alla vicenda della grave crisi decennale del *Banco Popular Español S.A.*¹⁴¹. Quest'ultima vicenda rappresenta il pri-

¹⁴⁰ In questi termini L. Stanghellini, *op. cit.*, 435, secondo cui «una più attenta lettura della BRRD avrebbe fatto già emergere come essa non richieda affatto, in difetto di un interesse pubblico, la liquidazione atomistica. Piuttosto, la direttiva si limita a mettere a disposizione delle autorità una serie di strumenti volti ad agevolare la gestione ordinata della crisi, quando questa metta in pericolo l'interesse pubblico e sia dunque necessario applicare la risoluzione».

¹⁴¹ Nel 2012 il *Banco Popular* è stato annoverato nella classe 3 che individua gli istituti di credito aventi situazione patrimoniale critica ma sanabile, mediante ricorso al mercato ed ha peraltro superato gli stress test dell'EBA sia nel 2014 sia nel 2016. Tuttavia, gli stress test probabilmente ignoravano la sottocapitalizzazione

mo caso di applicazione della Direttiva europea c.d. BRRD ed in particolare della procedura del c.d. *bail in* seppure temperato e decisamente meno oneroso, perché limitato agli azionisti e obbligazionisti *junior* (penalizzati per oltre tre miliardi) lasciando, tuttavia, impregiudicati i diritti degli azionisti *senior* ed i depositanti. L'analogia con la vicenda occorsa alle banche venete, che sono state acquisite per la cifra di un euro da parte di Banca Intesa San Paolo, aventi ad oggetto gli attivi *in bonis* delle due banche, risiede nel fatto che il *Banco Popular*, nell'impossibilità riscontrata di dare avvio alla ricapitalizzazione precauzionale statale (che, invece, è stata possibile per MpS in Italia) è stato rilevato nel 2017, sia sotto il profilo delle attività sia quello delle passività da *Banco Santander S.A.* al prezzo simbolico di un euro. Tra la vicenda italiana delle due banche venete e quella spagnola del *Banco Popular*, vi sono però significative differenze: in primo luogo non è possibile ignorare il fattore temporale che nel caso spagnolo, a fronte della tempestiva diagnosi del dissesto la cura della risoluzione bancaria, secondo il principio del c.d. *bail in*, non ha tardato a realizzarsi, mentre nel caso della liquidazione delle due banche venete non si può dire altrettanto perché lo stato di assoluta irregolarità era stato accertato già a partire dal biennio 2013-2014, mentre la liquidazione è avvenuta nel 2017. In secondo luogo l'interesse degli acquirenti che hanno rilevato le componenti *in bonis* degli istituti di credito in crisi era fondato su presupposti differenti: nel caso italiano l'interesse è stato indotto dall'intervento realizzato e dalla mediazione operata a livello statale, mentre nel caso spagnolo *Banco Santander* aveva tutti gli interessi, in vista di realizzare sinergie importanti, a rilevare *Banco Popular* sotto il profilo dell'espansione della propria clientela e dell'acquisizione di quote di mercato. In terzo luogo, infine, differenti sono stati i presupposti della vendita: nel caso italiano, infatti, non è stato ritenuto sussistente l'interesse pubblico alla risoluzione che, invece, è stato ritenuto esistente nel caso del *Banco Popular*, e pertanto nel primo caso si è dato luogo ad una soluzione domestica, avviando la c.d. liquidazione conservativa, mentre nel secondo caso si è aperta la strada alla risoluzione, ai sensi della Direttiva europea BRRD.

Riassumendo, nel caso delle quattro banche, è stata quindi adottata la risoluzione, secondo il criterio del c.d. *burden-sharing*, sul modello procedurale del c.d. *bail in*, seppure in versione temperata e parziale, nel caso di MpS è stata operata la ricapitalizzazione precauzionale statale, infine nel caso delle due banche

data dai crediti deteriorati presenti, pari a trentasette miliardi, il doppio delle banche venete, e dagli immobili non trasferiti a SAREB. L'istituto di credito spagnolo non ha potuto così accedere ai finanziamenti della BCE per assenza di garanzie e nemmeno il governo spagnolo è potuto intervenire quale soggetto garante emettendo obbligazioni, e pertanto il 6 giugno 2017 è stato dichiarato da parte della BCE, che *Banco Popular* era in dissesto o a rischio di dissesto a seguito di un significativo deterioramento della situazione di liquidità della banca, e si è dato avvio alla risoluzione, sul presupposto della sussistenza dell'interesse pubblico, da parte del SRB e del FROB, quale autorità nazionale di risoluzione, applicando la Direttiva BRRD.

venete, data l'impossibilità di procedere con la ricapitalizzazione precauzionale, si è proceduto con la liquidazione sostenuta da aiuti di Stato.

4.5. *Le garanzie pubbliche per Banca Carige e l'intervento statale per Banca Popolare di Bari*

La BCE ha rilevato già all'inizio del 2018 la debolezza della situazione patrimoniale della Banca Carige S.p.A. - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia, confermata dagli esercizi di *stress* condotti dalla BCE nell'autunno del 2018, ed infatti da gennaio 2019 la stessa banca è stata posta dalla BCE in amministrazione straordinaria, dopo il fallimento di un tentativo di aumento di capitale privato. Il Governo ha dunque approvato un provvedimento legislativo¹⁴² che ha introdotto disposizioni dirette a garantire alla banca misure di sostegno pubblico, al fine di tutelare la stabilità finanziaria e assicurare la protezione del risparmio. Il decreto ha disciplinato la concessione della garanzia dello Stato sulle passività di nuova emissione della Banca Carige e sui finanziamenti, erogati alla stessa discrezionalmente dalla Banca d'Italia, per fronteggiare gravi crisi di liquidità autorizza il MEF a sottoscrivere o acquistare azioni della Banca Carige, definendo le modalità di tali interventi; infine ha stabilito le risorse finanziarie (1,3 miliardi di euro) destinate alla copertura degli oneri derivanti dalle operazioni di sottoscrizione di azioni effettuate per il rafforzamento patrimoniale nel limite massimo di un miliardo di euro e dalle garanzie concesse dallo Stato su passività di nuova emissione e sull'erogazione di liquidità di emergenza a favore di Banca Carige. Successivamente, il d.l. 30 aprile 2019, n. 34, ha esteso al 31 dicembre 2019 la concessione della garanzia dello Stato sulle nuove passività emesse da Banca Carige e sui finanziamenti erogati discrezionalmente dalla Banca d'Italia al medesimo istituto. Secondo quanto emerge dalla lettera dei Commissari di Carige del 25 novembre scorso¹⁴³, al termine della gestione commissariale, l'azionista di controllo della banca risulta essere il FITD, con una quota compresa tra il 73% e l'82%. Secondo azionista è Cassa Centrale Banca, con una quota pari al 9% ma con il diritto di acquistare tutte le azioni del FITD e di salire quindi ad una quota compresa tra l'82% e il 91%. Infine, da ultimo il 18 giugno 2019 la Banca d'Italia ha avviato un nuovo accertamento ispettivo presso la Banca popolare di Bari. Gli esiti ispettivi, resi noti a dicembre scorso, hanno evidenziato gravi perdite patrimoniali che hanno portato i requisiti prudenziali di vigilanza al di sotto dei limiti regolamen-

¹⁴² D.l. 8 gennaio 2019, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 8 marzo 2019, n. 16.

¹⁴³ La lettera a firma dei due Commissari, Fabio Innocenzi e Pietro Modiano è reperibile al sito web www.gruppocarige.it.

tari. A fronte di un costante deterioramento della situazione il 13 dicembre 2019 la Banca d'Italia ha disposto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo della Banca popolare di Bari e la sottoposizione della stessa alla procedura di amministrazione straordinaria. In seguito alla grave crisi della Banca popolare di Bari, il Governo è intervenuto approvando un decreto-legge¹⁴⁴, che introduce misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca di investimento, al fine di rafforzare e rilanciare l'istituto bancario predetto in crisi. Il citato decreto-legge dispone il potenziamento delle capacità patrimoniali e finanziarie della Banca del Mezzogiorno-Mediocredito Centrale (MCC) fino a un massimo di 900 mln di euro nel 2020, tramite assegnazione a Invitalia - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A., di uno o più contributi in conto capitale. L'operazione è volta a consentire a MCC di operare quale banca di investimento che possa accompagnare la crescita e la competitività delle imprese italiane. In coerenza con la suddetta missione, sarà previsto un aumento di capitale che consentirà a MCC, insieme con il FITD e ad eventuali altri investitori, di partecipare al rilancio della Banca Popolare di Bari. Ciò sarà possibile attraverso l'opportunità di realizzare una scissione di MCC costituendo una nuova società, alla quale saranno assegnate le menzionate attività e partecipazioni acquisite da banche e società finanziarie con l'attribuzione al MEF, senza corrispettivo delle azioni rappresentative dell'intero capitale sociale della società così costituita.

5. *Interesse pubblico, esigenze del mercato e regolazione dell'attività bancaria*

In conclusione è interessante cogliere alcuni profili evolutivi della pubblicizzazione del credito sia a livello sovranazionale sia a livello nazionale, tanto per le conseguenze registrate, in ordine alla graduazione e ponderazione degli interessi di rilevanza generale, cui sono preordinati gli interventi dei pubblici poteri, quanto per l'evoluzione che pare abbiano subito le imprese bancarie e le connesse attività nel panorama ordinamentale attualmente vigente.

A partire dalla metà degli anni '80 e in modo significativo e crescente negli anni '90 il processo di europeizzazione della disciplina concernente il settore creditizio e finanziario più in generale, accompagnato dalla spoliticizzazione dell'attività di governo del credito a favore di organi tecnici, indipendenti, sulla spinta delle politiche di liberalizzazione e pro-concorrenziali, ha tracciato definitivamente il profilo identitario degli istituti bancari. Questi ultimi sono, infatti, ancora oggi espressione compiuta di esperienze di libertà d'iniziativa economica

¹⁴⁴ D.l 16 dicembre 2019, n. 142, convertito con modificazioni dalla l. 7 febbraio 2020, n. 5.

in un mercato concorrenziale che garantisce *par condicio* e occasioni di profitto agli operatori economici che vi partecipano.

A seguito della crisi del 2008 sono però ri-emersi profili giuridici connessi all'iper-regolazione ed ha ripreso attualità l'interesse pubblico alla stabilità, a causa della crisi finanziaria. I moduli pubblicistici di intervento in ambito europeo che hanno prevalso, corrispondono ai modelli di pubblicizzazione c.d. funzionale, a mezzo di un'implementazione rigida dello schema regolatorio, residuando alcuni modelli di pubblicizzazione c.d. finanziaria per lo più diretti a fronteggiare emergenza di instabilità sistemica.

Nel nostro Paese, nell'ambito della disciplina bancaria, accanto allo "Stato salvatore" si è assistito all'affermazione dello "Stato facilitatore", sulla base dell'esperienza consolidata già in altri Paesi europei. Si sono diversificati i paradigmi di intervento statale: accanto a moduli classici di pubblicizzazione c.d. proprietaria e finanziaria, fortemente conformati dal quadro normativo europeo, ispirato alla salvaguardia della stabilità finanziaria ed alla tutela della concorrenza, si sono affiancati altri moduli ibridi basati sull'interazione con il mercato, in cui alla regolazione pubblicistica si aggiunge il ricorso a strumenti privatistici (es. Fondo Atlante).

Se nel passato la stabilità del sistema creditizio e la tutela del risparmio assurgevano a principali e diretti obiettivi perseguiti dai poteri pubblici, per prevenire effetti sistemici delle crisi, venendo anteposti alla tutela della concorrenza che diventava secondaria, nel quadro ordinamentale attuale, invece, la tutela della concorrenza assurge a obiettivo primario, che deve necessariamente essere temperato rispetto a quello tradizionale di garanzia della stabilità creditizia e finanziaria.

Quest'ultimo obiettivo diretto dei pubblici poteri ha ripreso drammatica attualità dopo la crisi del 2008 anche in Europa, mentre la tutela del risparmio, come ha osservato anche autorevole dottrina¹⁴⁵, anche per influenza delle norme comunitarie, è divenuto conseguenza indiretta della stabilità e dell'efficienza dei mercati, per conseguire i quali può essere sacrificato proprio il risparmio, che pertanto non assurgerebbe più a principio tutelato a livello assoluto.

Le crisi economiche e finanziarie del XX secolo, tanto quella degli anni '30 quanto quella più recente del 2008, hanno quindi radicato la convinzione che le banche siano da considerare imprese private speciali da assoggettare pertanto ad una regolazione di tipo pubblicistico. Infatti, la crisi di una banca, specie se di rilevanti dimensioni, è in grado di compromettere la stabilità di un intero siste-

¹⁴⁵ In questi termini R. Costi, *op. cit.*, 402. In senso contrario si v. A. Patuelli, *Intervento del Presidente ABI, Lectio Magistralis del Presidente della Corte costituzionale, Prof. Paolo Grossi*, 19 maggio 2017, Sala della Clemezza - Palazzo Altieri - ABI, Roma, in *www.abi.it*, secondo cui «[...] l'articolo 47 è sempre vigente e non abrogabile implicitamente in alcun modo, ma svolge anche un ruolo di limite nei confronti della normativa europea».

ma finanziario con effetti potenzialmente lesivi sia per il tessuto sociale sia per il tessuto produttivo.

Da un lato il legislatore a livello europeo, è intervenuto per approntare profonde modifiche direttamente agli assetti patrimoniali ed organizzativi delle banche, arrivando ad incidere sulla stessa gerarchia degli interessi cui gli stessi devono rispondere, dall'altro le autorità di regolazione e di controllo del settore bancario, dotate di poteri ampiamente discrezionali, in grado di conformare e indirizzare gli aspetti strutturali dell'attività bancaria, hanno alimentato quella che una parte della dottrina ha denominato tendenza all'appassimento del paradigma imprenditoriale. Le tendenze illustrate hanno accreditato l'idea del pericolo di una sostanziale ri-pubblicizzazione, perlomeno sotto l'aspetto oggettivo, dell'impresa bancaria¹⁴⁶, quale linea evolutiva del sistema nel suo complesso. Quest'ultima tendenza, come ha segnalato la dottrina, in parziale analogia a quanto occorso rispetto ai servizi d'interesse economico generale, si è sviluppata sul presupposto di un'inadeguatezza o un'insufficienza del mercato, e stante la preclusione dell'intervento diretto statale nel mercato, imposta dalle norme europee, ha trovato cittadinanza attraverso la via indiretta dell'iper-regolazione¹⁴⁷.

Non poche sono, infatti, le assonanze presenti sotto il profilo della morfologia dei poteri pubblici, sia pure in un contesto dai presupposti legislativi ed economici e dagli attori istituzionali alquanto differenti, nella crisi degli anni '30 ed in quella del 2008. La principale assonanza di fondo è segnalata da una sostanziale identità tra il concetto espresso dalla previsione dell'art. 31 della Direttiva europea BRRD, in materia di obiettivi della risoluzione, e dall'art.1 della legge bancaria del 1936, che recava nel proprio dettato normativo il riferimento esplicito alla qualificazione delle attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito quali «funzioni di interesse pubblico»¹⁴⁸.

La stabilità, che nel diritto della crisi *post* 2008, è assurta definitivamente a bene giuridico pubblico di carattere primario, finanche necessaria ai fini della stessa sopravvivenza del mercato medesimo, è da inquadrare all'interno della

¹⁴⁶ In questi termini si v. M. Lamandini, *op. cit.*, 426, che paventa il «[...] pericoloso rischio di ripubblicizzazione di fatto dell'impresa bancaria».

¹⁴⁷ In questo senso si v. M. Dugato, *op. cit.*, 11 ss., che, pur cogliendo nella pubblicizzazione per via regolatoria un passo tendenziale irreversibile, non auspica, tuttavia, l'assimilazione dell'attività bancaria alla classificazione propria del servizio pubblico, non soltanto perché un simile inquadramento a livello giuridico aprirebbe le porte ad un appesantimento dell'intervento regolatorio e all'applicazione di un novero più ampio di norme pubblicistiche, ma anche perché le «[...] condizioni di soddisfazione della funzione sociale della banca e di tutela dell'utenza potrebbero adeguatamente essere garantite per mezzo di una regolazione differente da quella caratteristica del servizio pubblico, capace ugualmente di consentire comunque al mercato di svolgersi in un contesto certamente vigilato e presidiato, ma senza vincoli di tipizzazione fin nel dettaglio dell'organizzazione e dell'attività».

¹⁴⁸ Così A. Nigro, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, 193.

ricerca di un precario e difficile contemperamento operato dall'art. 41 Cost., che colloca la concezione della libertà economica tra la salvaguardia di un contenuto minimo inviolabile e la prevalenza degli interessi e dunque dei fini pubblici¹⁴⁹. Come ha osservato parte della dottrina¹⁵⁰, pare dunque possibile parlare di immanenza della stabilità degli intermediari finanziari e del mercato, al principio costituzionale di libertà di iniziativa economica, in quanto presupposto per l'effettività di quest'ultimo. Proprio l'esigenza di stabilità giustifica, all'interno di un'operazione di bilanciamento dei valori e degli interessi, la conformazione dei diritti dei soggetti terzi (rispetto al rapporto tra istituto bancario e azionisti) e il sacrificio dei cittadini, sotto il profilo patrimoniale, in caso di interventi pubblici di salvataggio bancario. In dottrina c'è chi ha rilevato che, con l'introduzione, a livello europeo, delle procedure di risoluzione delle crisi bancarie si è accettata *de facto* la violazione dell'art. 47 Cost che tutela il pubblico risparmio che viene sacrificato dinnanzi all'interesse pubblico alla stabilità¹⁵¹.

Il corretto ed equilibrato bilanciamento operato dai pubblici poteri e dalle autorità di regolazione, tra l'esigenza primaria di perseguire l'interesse alla stabilità finanziaria e la necessità di tutelare il principio di concorrenza e di libertà d'iniziativa economia, pare quindi rappresentare la possibilità di garantire la funzionalità piena del mercato. L'obiettivo citato sarà traguardabile non senza il doveroso rispetto del principio di proporzionalità, quale criterio generale di esercizio del potere amministrativo adeguato al conseguimento dello scopo, che deve ispirare gli interventi regolatori, e ricavando in questa fase di adeguamento e di lunga transizione per gli istituti bancari, alcuni margini di flessibilità (soprattutto in materia di aiuti di Stato). Tutto ciò nella consapevolezza che il processo di accentramento decisionale in questa complessa materia, che ha spostato dal livello domestico al livello sovranazionale non soltanto la disciplina di riferimento, ma anche i referenti istituzionali, si inserisce all'interno di un sistema più generale che risulta tuttora ancora incompiuto.

¹⁴⁹ Cfr. M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 121 ss.

¹⁵⁰ Si v. D. Siclari, *Gli intermediari finanziari tra regole di mercato e interesse pubblico*, cit., 191 ss.

¹⁵¹ Così R. Costi, *Le trasformazioni dell'ordinamento bancario*, in *Banca impresa soc.*, 2019, 193-194, ad avviso del quale «[...] la nuova disciplina della banca insolvente prevede sia la liquidazione coatta, non necessariamente atomistica, sia una procedura di risanamento (la risoluzione), che si affida sia al contributo di azionisti e creditori sia ad un limitato e condizionato sostegno pubblico. E il risanamento non è uno strumento di tutela del risparmio ma, anzi, il risparmio deve essere sacrificato all'interesse pubblico, rappresentato soprattutto dalla conservazione in vita delle funzioni della banca. Il che consente di affermare che il *bail-in* costituisce una violazione, consentita, della norma costituzionale (art. 47) che tutela e incoraggia il risparmio».

La regolazione dell'attività bancaria tra interesse pubblico e logiche del mercato

Muovendo dagli scritti di Massimo Severo Giannini e di Mario Nigro, rispettivamente dall'opera "Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia" del 1939, e dall'opera "Profili pubblicistici del credito" del 1969, in cui hanno trovato compimento una lunga tradizione di studi che la scienza giuspubblicistica, dopo la legge bancaria del 1936, aveva dedicato all'esercizio del credito e più in generale alla disciplina dell'intermediazione finanziaria in chiave pubblicistica, si è tentato di indagare il tema che riguarda i profili pubblicistici del credito nell'ordinamento giuridico vigente, che ha ripreso quota tornando di estrema attualità giuridica, in Europa ed in Italia soprattutto dopo la crisi finanziaria del 2008. Se l'interesse alla stabilità finanziaria è assunto definitivamente ad interesse pubblico, implicando necessariamente l'intervento diretto o indiretto dei pubblici poteri, soprattutto attraverso lo strumento della regolazione, non è venuta meno la centralità della tutela del principio di concorrenza che assurge a pilastro identitario del mercato unico europeo. Sulla base della lettura e di una possibile ricerca di equilibrio tra esigenze del mercato e perseguimento dell'interesse pubblico nell'attività di regolazione del settore bancario, la trattazione si concentra segnatamente sulle risposte e sulle politiche pubbliche che l'ordinamento giuridico sia a livello europeo sia a livello nazionale hanno perseguito per fronteggiare la crisi finanziaria del 2008, con anche uno sguardo in ottica comparatistica all'esperienza spagnola alquanto significativa.

The regulation of banking activity amid public interest and market logics

Starting out from the work of Massimo Severo Giannini and Mario Nigro, respectively from the volume *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia* (1939), and *Profili pubblicistici del credito* (1969), where a long tradition of scholarship devoted to banking institutions and more in general on financial intermediaries is completed, in the wake of the 'banking law' of 1936, there was an attempt to explore the topic of public law profiles of credit institutions in the current legal order: a topic that gained importance in the aftermath of the European and Italian economic crisis in 2008.

While the interest in financial stability is considered to be one of public interest, implying the direct or indirect involvement of public powers, in particular through regulation, equally important is the protection of the principle of free competition: a fundamental part of the identity of the European internal market. Starting out from the existing literature on the need to strike a balance between the market freedoms and the public interest in the regulation of the banking sector, the article analyses the public policy response that has been deployed at a European and national level to face the economic and financial crisis since 2008, comparing it in particular with the Spanish experience.

Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit*

Elisabetta Codazzi, Francesco Goisis

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione della lucratività delle società a partecipazione pubblica nella prospettiva del cd. «operatore di mercato» di cui alla legge delega (n. 124/2015). – 3. (*Segue*): la disciplina di cui al testo unico. – 4. (*Segue*): la teoria dell'affievolimento dello scopo di lucro. – 5. Scopo di lucro e «finalità di beneficio comune» nelle società benefit. – 6. Le società benefit a partecipazione pubblica: considerazioni alla luce della legge, n. 208/2015. – 7. (*Segue*): considerazioni alla luce delle disposizioni del d.lgs., n. 175/2016. – 8. Alcune osservazioni ulteriori su società a partecipazione pubblica e modello benefit.

1. Premessa

Uno dei nodi sistematici più significativi, nonché controversi, che emergono dalla discussione sulle società a partecipazione pubblica, è, come ampiamente noto, quello relativo al loro scopo; tema sul quale la dottrina tradizionale si è spesa in un lungo e articolato dibattito, sia prima che dopo l'introduzione del testo unico di cui al d.lgs., n. 175/2016 (d'ora in poi «t.u.»)¹.

* Pur essendo il lavoro frutto di una comune riflessione, i paragrafi 1, 4, 5, 6, sono attribuiti a Elisabetta Codazzi e i paragrafi 2, 3, 7, 8 sono attribuiti a Francesco Goisis.

¹ Il dibattito tradizionale, antecedente al d.lgs., n. 175/2016, vede sostanzialmente la contrapposizione tra due orientamenti, l'uno volto a sostenere che l'interesse pubblico è da intendere come interesse extrasociale di alcuni soci, destinato a soccombere di fronte all'interesse sociale (tra gli altri, A. Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 618 ss., ivi, 621 s.; G. Sena, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: l'interesse pubblico come interesse extrasociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 43 ss., spec. 57 s.; T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss., ivi, 1012 ss.; C. Grassetti, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1958, spec. 1 s.; A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 1958, 725; G. De Ferra, *In margine alla riforma della società per azioni: delle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici*, in *Riv. soc.*, 1967, 795 ss.; G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, 93 ss.; A. Rossi, *Profili giuridici della società a partecipazione*

Lo scopo di lucro, la cui essenzialità sarebbe scontata se si condividesse l'idea che le società partecipate, al di là di alcuni profili di specialità, sono, a tutti gli effetti, delle società di diritto privato (salvo la previsione di specifiche deroghe legislative)², è, invece, requisito ridimensionato da quanti, sulla base di argomenti di diversa natura (tutti, invero, non insuperabili), giungono a ritenere che tale requisito (specie per quanto riguarda il profilo del lucro cd. "soggettivo") non costituisca elemento indefettibile della fattispecie, potendo essere derogato in ragione della ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico³.

statale, Milano, 1977, 62 ss.) e l'altro, in base al quale il pubblico fine diverrebbe lo scopo della società, cosicché l'interesse al profitto degli azionisti privati di minoranza sarebbe destinato ad essere sacrificato di fronte all'interesse sociale (vedi, in particolare, S. D'Albergo, *Le partecipazioni statali*, Milano, 1960, 212; G. Ferri, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Riv. soc.*, 1958, 1184 spec. 1197; G. Cottino, *Partecipazione pubblica all'impresa e privata e gli interessi sociali*, in *Arch. giur.*, 1965, 45 ss.; A. Pavone La Rosa, *Partecipazioni statali e gruppi di imprese*, in Aa.Vv., *Gruppi di società*, a cura di A. Pavone La Rosa, Bologna, 1982, 185 ss.; S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 192 ss.). Per una ricostruzione delle diverse tesi sul rapporto tra interesse pubblico e scopo sociale nelle società a partecipazione pubblica, si veda, tra i molti, M.T. Cirenei, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, G.B. Portale, Torino, 1992, Vol. VIII, spec. 93 ss. e 189 ss.

² Su tale problematica, propendendo per una qualificazione cd. privatistica della società a partecipazione pubblica e quindi per la sua piena lucratività, F. Goisis, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in questa *Rivista*, 2019, 23 ss.; Id., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, ivi, 2013, 41 ss. e più diffusamente Id., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 113 ss.

³ In particolare, R. Guarino, *La causa pubblica nel contratto di società*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, Milano, 2011, 151 («La tipicità dell'art. 2247 c.c. è parziale perché riguarda le sole società lucrative. In altri termini, l'art. 2247 c.c., va letto nel senso che col contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili, salvo quanto previsto per le società cooperative, consortili e pubbliche») e 153 s. (che con riferimento all'art. 2449 c.c., precisa: «La norma sancisce la possibilità che un soggetto di natura pubblica (Stato o enti pubblici) possa detenere una partecipazione al capitale di una società ed afferma indirettamente che tali società possono perseguire interessi pubblici e non lucrativi»); le medesime considerazioni sono riproposte dall'Autore a seguito dell'introduzione del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, *La "causa pubblica" alla luce del testo unico 175 del 2016*, in Aa.Vv., *Le società pubbliche*, a cura di F. Fimmanò, A. Catricalà, Roma, 2016, vol. I, 285 ss., e 304 ss., spec. 311 ss., ove precisa che l'art. 4, t.u. (prevedendo, da un lato, il divieto per le pubbliche amministrazioni di partecipare al capitale della società «oltre quanto strettamente necessario per il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente» e, dall'altro, consentendo agli enti pubblici di perseguire finalità lucrative «al solo scopo di ottimizzare e valorizzare i propri beni immobili»), avrebbe positivamente la «causa pubblica», che, perciò, si porrebbe in alternativa a quella lucrativa, mutualistica o consortile. Si veda anche F. Cintioli, *La pubblica amministrazione come socio, l'interesse pubblico e la tutela dei terzi*, in Aa.Vv., *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Torino, 2014, spec. 588 s. e 597, ove precisa che nella società pubblica l'interesse pubblico sembrerebbe avere la prevalenza sugli interessi strettamente privati che emergono nell'esercizio dell'attività della società e, in tale prospettiva, anche le istanze degli *stakeholders* sarebbero interamente assorbite ed unificate nella figura della p.a. socio. Tra gli altri, si vedano M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, *passim*; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 172; V. Ottaviano, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, 115 ss., che, pur riconoscendo un carattere in linea di principio lucrativo alle società a partecipazione pubblica, ammette la possibilità di far prevalere lo scopo pubblico in presenza di una previsione legislativa in tal senso.

A meno di non voler affrontare tale questione in modo aprioristico (sostenendo cioè che l'interesse pubblico confluisca nell'interesse sociale e, pertanto, possa comunque legittimare il sacrificio dell'interesse al profitto dei soci privati⁴), pare che gli spunti offerti dal vigente quadro normativo e sistematico, sia nel settore più specifico delle partecipazioni pubbliche, sia nell'ambito del più generale diritto societario, portino, invece, a confermare l'opinione (già espressa da chi scrive in altre sedi), secondo cui le società a partecipazione pubblica (comprese quelle *in house*) hanno una natura privatistica e la loro causa lucrativa può essere limitata o esclusa solo in presenza di una previsione di legge che espressamente disponga in tal senso⁵.

In questo quadro, che necessita di essere integrato con le considerazioni che verranno sviluppate nei paragrafi seguenti, pare interessante domandarsi se la pubblica amministrazione, al fine di comporre il tendenziale conflitto tra interesse pubblico e interesse privato (il quale, come noto, rileva soprattutto nell'ambito delle società miste, ma anche di quelle *in house* con una limitata partecipazione privata *ex art. 16*, comma 1, t.u.⁶), possa ricorrere allo schema della società benefit di cui alla legge del 28 dicembre 2015, n. 208, strumento preordinato al perseguimento sia dello scopo di dividere gli utili che di una o più «finalità di beneficio comune»⁷.

⁴ Cfr. a tal riguardo gli Autori citati nella precedente nota.

⁵ F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate*, in questa Rivista, 2017, 1 ss.; Id., *Il Testo unico*, cit., 23 ss.; E. Codazzi, *La società in house, La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Napoli, 2018, spec. 159 ss.; Ead., *Società in house e scopo di lucro: una rivisitazione del tema alla luce del d.lgs. n. 175/2016*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, 729 ss.

⁶ Uno dei requisiti inderogabili della società mista è rappresentato, come noto, dalla distinzione di ruoli tra socio privato (con compiti di gestione operativa) e del socio pubblico (con funzione di controllo sulla gestione): per un'analisi di tali profili, alla luce della disciplina di cui all'art. 17 t.u., E. Codazzi, *Le società miste*, in *Aa.Vv., Le società a partecipazione pubblica*, diretto da C. Ibba, I. Demuro, Bologna, 2018, cap. IX, 291 ss.

⁷ Per un primo commento sulle società benefit, si rinvia ad Assonime, *La disciplina della società benefit*, Circolare n. 19 del 20 giugno 2016, reperibile su www.assonime.it; G.D. Mosco, *Scopo e oggetto nell'impresa sociale e nella società benefit*, in *A.G.E.*, 2018, 81 ss.; M. Palmieri, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit*, in *Banca impr.soc.*, 2017, 201 ss.; S. Corso, *La società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova "qualifica" tra profit e non profit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 995 ss.; M. Riolfo, *Le società "benefit" in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa*, in *Studium Iuris*, 2016, n. 6, 720 ss., e, ivi, n. 7-8, 819 ss.; D. Lenzi, *Le società benefit*, in *Giur. comm.* 2016, I, 894 ss.; L. Ventura, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le "società benefit", un trapianto necessario?*, in *Contr. impresa*, 2016, 1134 ss. Per un'analisi estesa anche ai profili sistematici derivanti dall'introduzione della società benefit nel nostro ordinamento, si vedano i contributi pubblicati in occasione del forum sulle società benefit di C. Angelici, *Società benefit*, in *Riv. ODC*, 2017, 1 ss.; F. Denozza, A. Stabili, *La società benefit nell'era dell'investor capitalism*, ivi, 1 ss.; G. Marasà, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, ivi, 1 ss.; M. Stella Richter jr, *Società benefit e società non benefit*, ivi, 1 ss.; S. Rossi, *L'impegno multistakeholder della società benefit*, ivi, 1 ss.; A. Zoppini, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, 1 ss. Ulteriori approfondimenti in D. Stanzione, *Profili ricostruttivi della gestione di società benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, 487 ss. Sul possibile impiego delle società benefit nel contesto delle "smart cities", D. Siclari, "Creating value on the market and into society": *le cd. benefit corporations nel contesto della strategia Europe 2020 per una crescita smart, inclusiva e sostenibile*, in

2. *La questione della lucratività delle società a partecipazione pubblica nella prospettiva del cd. «operatore di mercato» di cui alla legge delega (n. 124/2015)*

Al fine di poter meglio comprendere i termini della questione che ci si propone di analizzare nel presente scritto e di coglierne le possibili implicazioni sotto il profilo sistematico, pare opportuno dare preliminarmente conto del tema della lucratività delle società a partecipazione pubblica, alla luce della più recente evoluzione normativa.

A tal riguardo, tanto la disciplina introdotta con il d.lgs. n. 175/2016, quanto i criteri direttivi della legge delega (n. 124/2015), paiono univocamente attribuire alle società a partecipazione pubblica una configurazione privatistica. Ciò in continuità con il precedente legislativo di cui all'art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012 (norma di «interpretazione autentica»), nonché in adesione a quel principio di «super-economicità» dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost., e a quegli ulteriori principi di derivazione comunitaria volti a giustificare l'attribuzione di poteri speciali al socio pubblico in base a criteri di necessità e proporzionalità (come, ad esempio, in materia di «golden shares») ⁸.

Come già sottolineato in altre sedi, una rilevanza centrale (specie per le sue implicazioni sul piano sistematico) pare rivestire quel principio, contenuto tra i criteri direttivi della legge delega, volto a prevedere una «regolazione dei flussi finanziari, sotto qualsiasi forma, tra amministrazione pubblica e società partecipate secondo i criteri di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private e operatore di mercato» (art. 18, comma 1, lett. l), legge, n. 124/2015) ⁹.

Aa.Vv., *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, 103 ss.; Id., *La società benefit nell'ordinamento italiano*, in www.academia.edu.it, 2016, 36 ss.

⁸ Per quanto riguarda le implicazioni sistematiche- sotto il profilo della ricostruzione in termini privatistici della fattispecie- derivanti dal principio di economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, comma 1, Cost., dal citato art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012 (secondo cui «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»), nonché dalla giurisprudenza comunitaria in materia di cd. *golden shares*, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, a F. Goisis, *Il problema*, cit., 63 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., 170 ss. Sulla natura di norma di «interpretazione autentica» del predetto art. 4, comma 13, si veda in giurisprudenza, tra le molte, Cass. sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591, par. 2, in *Giur. comm.*, 2017, II, 817 ss., con nota di E. Codazzi, *Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile: l'orientamento delle Sezioni unite alla luce del testo unico sulle società partecipate*.

⁹ Tale parametro, come precisato dagli stessi lavori parlamentari, si connetterebbe al «rispetto dei principi comunitari di tutela della concorrenza, allo scopo di non incorrere, ad esempio, nelle ipotesi di influenza dominante o di aiuto di stato ai sensi del diritto europeo» (Camera dei Deputati, Scheda di lettura legge 7 agosto 2015 n. 124, p. 167). Per maggiori approfondimenti sull'utilizzo del criterio dell'«operatore di mercato» da parte dell'ente pubblico ex art. 18, comma 1, lett. l), legge delega, si rinvia a F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., spec. 13.; Id., *Il Testo unico*, cit., 26 ss.; E. Codazzi, *La società* in house, cit., 188 ss. Sulla rilettura in

L' «operatore di mercato» ivi richiamato altro non sarebbe che quella figura – ben nota alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato di cui all'art. 107 TFUE – di «investitore privato, operante in normali condizioni di mercato»¹⁰, ovvero, dell' «investitore in regime di mercato che persegue l'obiettivo della massima redditività dei propri investimenti»¹¹.

In virtù della sua collocazione tra i criteri direttivi della legge delega, il principio dell' «operatore di mercato» assumerebbe perciò carattere vincolante, oltre che per il legislatore, anche per lo stesso interprete e, nel contempo, una portata applicativa più generale ed «assoluta» rispetto a quella della disciplina sugli aiuti di Stato da cui esso trae origine, ove non mancano eccezioni e deroghe (legate, ad es., alla dimensione quantitativa dell'aiuto)¹².

La stessa genericità del termine impiegato dalla norma (secondo cui i flussi finanziari rilevano «sotto qualsiasi forma» effettuati) e il fatto che la medesima logica di razionalità economica ispira diverse disposizioni del testo unico sembrerebbero suggerire poi l'idea che il legislatore abbia inteso, in tal modo, delineare

senso privatistico della disciplina delle società a partecipazione pubblica, si veda in particolare, C. Ibba, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 968 ss.

¹⁰ Secondo quanto precisato dalla Comunicazione della Commissione europea sull' «Applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CE alla partecipazione delle autorità pubbliche ai capitali delle imprese», in *Boll. CE*, 9/1984, 92 ss. «non vi è aiuto pubblico quando, in occasione di nuovo capitale in imprese, tale apporto si verifica in circostanze che sarebbero accettabili per un investitore privato operante nelle normali condizioni di economia di mercato» (par. 3.2.).

¹¹ In tal senso, ad esempio, 92/318/CEE, Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all' «Industrias Mediterráneas de la Piel SA» (*Imepiel*), in *Gazz. Uff.*, n. L 172 del 27 giugno 1992, 76 ss. Come specifica la Corte di Giustizia, al fine di valutare se una data misura sia stata attuata in normali condizioni di mercato «da un investitore privato operante in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione dello Stato nella sua qualità di azionista, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico [...]», il che significa, in altri termini, che «i ruoli dello Stato azionista dell'impresa, da un lato, e dello Stato agente quale potere pubblico, dall'altro, devono essere distinti [...]» (Corte Giust., Grande sezione, 5 giugno 2012, in causa C-124/10 P, *Commissione europea contro Électricité de France (EDF)*, punti 69-70, in *Foro it.*, 2013, IV, 265). Tale modello, precisa la giurisprudenza europea, «anche se non è necessariamente quello del comune investitore che colloca i propri capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve, deve quantomeno corrispondere a quello di una *holding* privata o di un gruppo imprenditoriale privato che persegue una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività più a lungo termine [...]» (in particolare, Trib. I grado, 11 luglio 2002, causa T-152/99, *HAMSA e Spagna/Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-3049; Corte Giust. CE, cause riunite T-126/96 e C-127/96, *BredaFucine*, sent. 15 settembre 1998, in *Racc.*, 1998, II- 3747).

¹² F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., 9, il quale precisa che, in quanto criterio astratto, esso perde i requisiti di massima che presenta in sede europea per acquisire «un ben più rigido e generale valore di principio legislativo; principio, per di più (e soprattutto), sganciato dalla necessità di accertare in concreto l'idoneità del discostamento dal canone dell'investitore privato» e 10, dove sottolinea come «andrà quindi sempre ricercata un'interpretazione adeguatrice (al rispetto dell'art. 76 Cost.), nel senso della piena riconducibilità dell'istituto societario (pur ove) a partecipazione pubblica al modello privatistico dell'impresa commerciale e lucrativa; come tale creatrice di ricchezza per l'ente pubblico socio, sempre chiamato a porsi nella prospettiva dell'investitore privato razionale». Sulla potenzialità espansiva del criterio dell'operatore di mercato anche G. Caruso, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, 174 ss. e 237 ss. e Id., *Il socio pubblico tra dinamiche proprietarie e organizzative*, in *Aa.Vv.*, *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, 175.

un parametro di comportamento ben preciso, atto a regolare ogni rapporto economico tra la pubblica amministrazione socia e la società da essa partecipata¹³.

In altri termini, in base a tale indicazione legislativa, la pubblica amministrazione (in veste di «operatore di mercato») dovrà ispirare la gestione delle proprie partecipazioni sociali a specifici criteri di razionalità economica, non potendo, al contrario, far prevalere interessi non economici e operare secondo logiche che esulino dalla ricerca del profitto o quantomeno della redditività specifica dell'investimento¹⁴.

In tale prospettiva, si potrebbe allora concludere che, non solo lo scopo lucrativo nelle società a partecipazione pubblica è elemento essenziale della fattispecie, ma anche che la sua rilevanza in esse è addirittura rafforzata rispetto alle società di capitali a partecipazione privata, non essendo richiesto ai soci di queste ultime di agire in modo economicamente razionale al fine di accrescere la redditività del proprio investimento¹⁵.

3. (Segue): *alla luce della disciplina di cui al testo unico*

Le conclusioni raggiunte nel precedente paragrafo sembrano trovare conferma anche nella disciplina del testo unico, come sembrerebbe chiarire, innanzitutto, la previsione (centrale nella determinazione dello statuto applicabile alle società partecipate) con cui si stabilisce che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato» (art. 1, comma 3).

La mancanza nel testo unico di una disposizione che specificamente deroghi l'art. 2247 c.c., sotto il profilo della causa societaria tipica (lucrativa), pare confermare come quest'ultima permanga elemento essenziale ed inderogabile in tutte le società partecipate, senza alcuna distinzione a seconda della loro natura o dell'entità della partecipazione pubblica.

¹³ Si pensi, ad esempio, all'art. 5, comma 1, t.u., che impone alla pubblica amministrazione di motivare «le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria [...]», all'art. 14, comma 5, t.u., che indica i casi in cui al socio pubblico è fatto divieto di erogare finanziamenti alla società partecipata in crisi o alla previsione dell'obbligo, posto a carico delle amministrazioni, di analizzare le partecipazioni detenute e di redigere i piani di razionalizzazione ex artt. 20 e 24 t.u.

¹⁴ Su cui diffusamente F. Goisis, *L'ente pubblico come investitore*, cit., 1 ss.; così anche M.C. Malaguti, *Aspetti societari e diritto della concorrenza. Percorsi accidentati del principio di parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata*, in A.a.V.v., *Le società pubbliche*, a cura di C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni, Torino, 2011, 40.

¹⁵ Enfatizza il riferimento all'«investitore privato» contenuto nella disciplina degli aiuti di Stato, quale criterio che caratterizzerebbe in modo significativo la posizione del socio pubblico, distinguendola da quella del socio privato, C. Angelici, *In tema di "socio pubblico"*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 175 ss., spec. 178 ss.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che lo stesso dato normativo, nel momento in cui precisa che le deroghe alla disciplina codicistica delle società di capitali e alle altre « norme generali di diritto privato » sono quelle previste nel d.lgs., n. 175/2016, consente, infatti, di concludere che le stesse sono ammissibili solo se e in quanto *espresse* e quindi non in tesi implicitamente ricavabili da una o più previsioni del testo unico né, tantomeno, da principi generali dell'ordinamento¹⁶.

In tal senso, depone anche una recente pronuncia della Cassazione, la quale, appunto, sottolinea come solo in presenza di una espressa disposizione legislativa contenente specifiche deroghe al codice civile potrebbe affermarsi « la realizzazione di una struttura organizzata per attuare un fine pubblico incompatibile con la causa lucrativa prevista dall'art. 2247 c.c. », laddove, in mancanza di tale intervento esplicito, il fenomeno resterebbe quello di una « società di diritto comune, nella quale pubblico non è l'ente partecipato bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti che vi partecipano e nella quale, perciò, la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono »¹⁷.

La stessa previsione *ex art.* 14, comma 1, t.u., assoggettando a fallimento (liquidazione giudiziale *ex d.lgs.*, n. 14/2019) e alle altre procedure concorsuali tutte le società a partecipazione pubblica (comprese quelle *in house*) e ponendo a carico del socio pubblico il divieto di ricapitalizzare la partecipata in presenza di costanti perdite (se non nel contesto di un rigoroso piano di recupero) (comma 5) sembrerebbe a sua volta sottintendere la volontà legislativa di valorizzare la vocazione lucrativa della società e di preservarne quindi l'attitudine a produrre ricchezza¹⁸.

In questo quadro, pare interessante altresì notare come il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (« Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza »), nell'attuare il principio di delega di cui all'art. 3, co. 1, lett. *a*), l. 19 ottobre 2017 n. 155, di « prevedere una definizione di gruppo di imprese modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli articoli 2497 e seguenti nonché di cui all'articolo 2545-*septies* del codice civile corredata della presunzione semplice di assogget-

¹⁶ L'art. 1, comma 3, t.u., si porrebbe perciò in continuità con la norma di carattere cd. interpretativo di cui all'art. 4, comma 13, d.l., n. 95/2012, che, appunto, faceva salve le sole deroghe « espresse » alla disciplina codicistica sulle società di capitali. In più occasioni, del resto, la Corte dei Conti ha sottolineato la necessità che le deroghe alla disciplina civilistica siano dettagliate e circoscritte, al fine di non alterare il regime della concorrenza: così, Corte Conti, sez. riunite in sede di controllo, *Audizione su Atto di Governo 297 riguardante gli Organismi partecipati*, giugno 2016, 6; Corte Conti, sez. Autonomie, *Gli organismi partecipati dagli Enti territoriali*, Relazione 2017, Deliberazione n. 27.

¹⁷ Cass., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3196, par. 4, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 333 ss., con nota di P. Pettiti, *Soggettività e fallimento della società in house*.

¹⁸ In tal senso anche G. Guizzi, *Interesse sociale e governance delle società pubbliche*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, a cura di G. Guizzi, Milano, 2017, 13 ss.; valorizza la rilevanza dell'art. 14 t.u. sotto il profilo sistematico, F. Goisis, da ultimo in *Il Testo unico*, 34 s. In giurisprudenza, si veda anche Cass., sez. un., 2 febbraio 2018, n. 2584, in *www.jusexplorer.it*.

tamento a direzione e coordinamento in presenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile», abbia definito quale «gruppo di imprese» «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile, sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto» (art. 1, co. 2, lett. *h*)¹⁹.

Tale previsione, che riconosce la possibile inclusione dell'ente pubblico (diverso dallo Stato) in un gruppo di società, sembrerebbe, infatti, costituire ulteriore argomento a favore della tesi che sostiene la sua soggezione alla normativa sulla direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss., c.c., e, in particolare, a quella responsabilità *ex* art. 2497, comma 1, c.c., che chiama a rispondere del pregiudizio arrecato alla «redditività ed al valore della partecipazione sociale» dei soci di società diretta e coordinata, la società o l'ente che abbia esercitato su di essa l'attività di direzione e coordinamento, agendo in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale: in base a tale previsione, non solo sarebbe precluso all'ente pubblico (così come a qualsiasi soggetto che dirige e coordina) di realizzare una gestione antieconomica della società, ma, da essa, si potrebbe persino ricavare *a contrario* un dovere per lo stesso socio pubblico di valorizzare la redditività dell'impresa societaria in una prospettiva non dissimile da quella del cd. «*shareholder value*» (principio, che, pertanto, varrebbe con pienezza anche nell'ambito delle società a partecipazione pubblica)²⁰.

Come, del resto, notato dalle Sezioni Unite in uno dei suoi ultimi interventi in tema di società in mano pubblica e riparto di giurisdizione, «il socio pubblico che detiene una quota del patrimonio di una società privata ha il dovere di fare tutto il possibile affinché tale partecipazione venga indirizzata in vista del

¹⁹ Sulla applicabilità della disciplina sulla direzione e coordinamento alle società a partecipazione pubblica, E.Codazzi, *Enti pubblici e direzione e coordinamento di società: considerazioni alla luce dell'art. 2497 comma 1, c.c.*, in *Giur. comm.*, 2015, 1041 ss.; ma *contra*, M. Carlizzi, da ultimo in *La direzione e coordinamento delle società a partecipazione pubblica*, in Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, cit., 341 ss. Lo schema di correttivo al d.lgs., n. 14/2019, approvato dal Consiglio dei ministri il 13 febbraio 2020, parrebbe, invece, eliminare gli enti territoriali dalla definizione normativa di gruppo (prevedendo *ex* art. 1, comma 1, lett. *b*), che «alla lettera *h*), le parole “escluso lo Stato” sono sostituite dalle seguenti: “esclusi lo Stato e gli enti territoriali”»): tale riformulazione della norma non pare però costituire un argomento decisivo al fine di escludere la soggezione degli enti pubblici che esercitano un'attività di direzione e coordinamento alla disciplina di cui agli artt. 2497 ss., c.c., essendo molteplici le ragioni che, come sottolineato in altra sede, giustificano tale conclusione (in tal senso, si veda, ad esempio, Trib. Napoli, sez. imprese, 7 novembre 2019, in *Soc.*, 2020, 344 ss., con commento di F. Fimmanò, *Ente pubblico-holder e responsabilità per abuso di eterodirezione*).

²⁰ In tal senso F. Goisis, in *Il Testo unico*, cit., 31 s.; Id., *Il problema*, cit., 56 ss. Si veda anche R. Sacchi, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 661 ss., ove segnala il rilevante valore sistematico della norma introduttiva della responsabilità da direzione unitaria, in quanto riconducibile al principio del cd. «*shareholder value*» (ossia della primaria attenzione agli interessi economici dei soci, anche se di minoranza), che costituirebbe «l'idea-guida del dibattito, che, raccogliendo gli stimoli della dottrina statunitense, ha influenzato il processo di riforma del diritto societario di questi ultimi anni [...]».

raggiungimento del miglior risultato possibile; per cui, se egli omette di compiere quanto è in suo potere in vista di tale obiettivo, egli in concreto determina la perdita di valore della sua quota di partecipazione all'interno della società, il che si traduce in un danno erariale»²¹.

D'altra parte, se le società a controllo pubblico, ai sensi dell'art. 6, comma 3, t.u., hanno la possibilità di integrare gli strumenti di governo societario con codici di condotta aventi ad oggetto «la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti dei consumatori, utenti dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società» (lett. c)), ovvero «programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni dell'Unione europea» (lett. d)), ciò significa che, come per tutte le altre società di capitali, la rilevanza degli interessi degli *stakeholders* (e quindi di interessi diversi da quelli dei soci) nella *governance* di tali società è meramente eventuale (salvo la necessità di dare conto della mancata integrazione ai sensi del comma 5) e presuppone una previsione *ad hoc* ²².

Tali spunti, in altri termini, sembrerebbero confermare il pieno rispetto da parte del testo unico dei requisiti e dei caratteri di fondo della struttura societaria prevista dal codice civile, non rendendo perciò ammissibile per le società a partecipazione pubblica una deviazione dallo scopo legale tipico (lucrativo).

4. (Segue): *la teoria dell'affievolimento dello scopo di lucro*

Ci si potrebbe chiedere se diverse conclusioni, rispetto a quelle sinora raggiunte, possano discendere dal riconoscimento di un più generale, preteso, «tramonto dello scopo lucrativo» nelle società di capitali (come dimostrerebbero, secondo la dottrina che per prima si è espressa in tal senso, la diffusa previsione legislativa di società senza scopo di lucro, nonché la mancata rilevanza di tale requisito tra le cause di nullità della s.p.a. *ex art. 2232 c.c.* ²³): se lo scopo di lucro fosse, infatti, elemento non indefettibile della fattispecie e quindi derogabile dai soci anche a maggioranza, ciò significherebbe che, a prescindere da una previsione specifica che lo consenta, le società a partecipazione pubblica potrebbero sacrificare tale requisito in virtù della ritenuta prevalenza dell'interesse pubblico ²⁴.

²¹ Cass., sez. un., 28 giugno 2018, n. 17188, reperibile sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

²² Così, G. Guizzi, *Interesse sociale e governance*, cit., 13; S. Serafini, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, Aa.Vv., *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, cit., 96 ss.

²³ Così G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 133 ss.

²⁴ Una parte della dottrina ha tratto argomento dalla nota tesi che predica il "tramonto" dello scopo lucrativo nelle società di capitali per sostenerne la non essenzialità e quindi derogabilità, a maggior ragione, nell'ambito delle società partecipate: in tal senso, tra gli altri, G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, *Con-*

Tale tesi non pare, in realtà, trovare conferma nell'evoluzione dell'ordinamento societario, dal quale si desume, invece, che le uniche deroghe consentite al principio della lucratività delle società di capitali sono quelle che si fondano su disposizioni di legge *ad hoc* e che, in quanto eccezionali, riaffermerebbero la portata generale del principio derogato²⁵.

L'ibridazione causale che si realizza con la società benefit si inserisce, infatti, in un più generale *trend* legislativo, già da tempo noto al nostro ordinamento, volto ad utilizzare lo schema societario per il perseguimento di finalità che non sono quelle tipicamente lucrative²⁶: si pensi, in particolare, alle imprese sociali di cui al d.lgs., n. 155/2006, così come di recente modificato dal d.lgs., n. 112 del 2017, le quali, pur potendo costituirsi nelle forme di cui al libro V, «esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale» (art. 1)²⁷ o alle *start up* innovative, che fermo restando il rispetto del metodo lucrativo (lucro cd. oggettivo), non possono distribuire utili ai soci per l'intero periodo in cui sono sottoposte alla relativa disciplina agevolativa (art. 25, comma 2, lett. e), d.l., n. 179/2012)²⁸.

Ma proprio la presenza di interventi di legislazione speciale che limitano o escludono lo scopo di lucro in presenza di previsioni *ad hoc* e in vista di ben precise finalità sembrerebbe riaffermare la centralità dello scopo di lucro nelle società di capitali, escludendo perciò che la fattispecie societaria sia “neutra” sotto un profilo causale²⁹.

tributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale, Torino, 2009, 28 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit. 216 ss.

²⁵ Uno degli esempi più significativi al riguardo è data dalle società sportiva cd. dilettantistiche, che, a parte il periodo di breve vita del modello lucrativo (introdotta con legge 27 dicembre 2017, n. 205, ma successivamente abrogata con d.l., 12 luglio 2018, n. 87, convertito in legge 9 agosto 2018, n. 96), si caratterizzano per la tassativa assenza dello scopo di lucro ai sensi dell'art. 32, d.p.r., n. 157/1986, e dell'art. 90, legge, n. 289/2002 (sul tema, si veda in particolare M. Rubino De Ritis, *Riforma del terzo settore e attuali assetti societari delle imprese sportive: propositi e spropositi del legislatore*, in *Giust. civ.*, 2018, 763 ss.).

²⁶ Si vedano in argomento, G. D. Mosco, *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, 216 ss.; G.C.M. Rivolta, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, 2004, I, 1161 ss.; M. Porzio, “... allo scopo di dividerne gli utili”, in *Giur. comm.*, 2014, 661 ss.; G. Marasà, *Le “società” senza scopo di lucro*, Milano, 1984, passim; Id., *Lucro, mutualità e solidarietà delle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppò)*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 197 ss.

²⁷ Osserva però come, al di là del dichiarato mancato perseguimento dello scopo di lucro, sia consentito alle imprese sociali di perseguire uno scopo lucrativo “nascosto” (prevedendo l'art. 3, comma 3, lett. a), d.lgs., n. 112/2017, la distribuzione di utili, sia pure subordinata al doppio limite relativo agli utili e al rendimento dell'investimento), G.D. Mosco, *Scopo e oggetto*, cit., 85 s.

²⁸ Sul punto, si veda G.P. La Sala, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, 1118 ss.

²⁹ In senso contrario rispetto alla tesi del tramonto dello scopo di lucro, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, Diritto delle società*, Torino, 2015, 28 ss., sottolineando come il sistema del codice civile non offra dati che consentono di affermare la derogabilità statutaria dello scopo di lucro o economico, in generale o per le società di capitali, laddove le previsioni di legge speciale che prevedono società senza scopo di lucro devono essere invece valutate come norme eccezionali; e anche A. Zoppini, *Un raffronto*, cit., 5 s.; in senso contrario rispetto ad un preteso affievolimento dello scopo di lucro nelle società partecipate, F. Goisis, *Il problema*, cit., 53 ss.

E tale conclusione parrebbe ulteriormente rafforzata dalla circostanza per cui, come già accennato nel precedente paragrafo, nessuna deroga alle generali disposizioni del codice civile è ammessa *ex art. 1, comma 3, t.u.*, se non espressamente prevista dallo stesso d.lgs., n. 175/2016.

In tal senso, una recente pronuncia del Consiglio di Stato, dopo aver premesso che lo scopo costituisce elemento essenziale della società, ha chiarito che proprio l'introduzione di novità normative come la società benefit e le imprese sociali «finisce per riaffermare (anziché sminuire) la forza della categoria giuridica tipizzante, imperniata (proprio e tra l'altro) sul fine di lucro», tanto è vero che la disciplina delle società benefit rinviene esattamente nella regolazione del fine di lucro il suo «centro connotativo», nell'aggiunta, oltre allo scopo di dividere gli utili, anche di una o più finalità di beneficio comune³⁰.

Alla luce di tali precisazioni, che sembrerebbero perciò confermare la piena lucratività delle società a partecipazione pubblica, risulta ancora più rilevante stabilire se le stesse possano costituirsi in forma benefit, rappresentando questa l'unica possibilità loro concessa per poter, da un lato, "internalizzare" nella gestione societaria il perseguimento di interessi pubblici (se e in quanto riconducibili a finalità di beneficio comune) e, dall'altro, attenuare la rilevanza dello scopo di lucro.

5. *Scopo di lucro e «finalità di beneficio comune» nelle società benefit*

La società benefit rappresenta lo strumento tecnico attraverso il quale il legislatore consente alle società di cui al libro V, titoli V e VI del codice civile (art. 1, comma 377, legge, n. 208/2015) e quindi alle società di persone, di capitali e cooperative- alla cui disciplina sostanzialmente rinvia- di perseguire, oltre al loro scopo legale tipico (lucrativo o mutualistico), uno scopo («aggiuntivo»³¹) di «beneficio comune», il quale è da intendere come «il perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica delle società benefit, di uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più categorie di cui al comma 376» (art. 1, comma 378, lett. a))³².

³⁰ Cons. Stato, sez. atti norm., 14 maggio 2019, n. 1433, par. 10.3, in www.dejure.it

³¹ Così, *Relazione illustrativa* al disegno di legge, n. 1882, 2.

³² Precisa la *Relazione illustrativa*, cit., che «L'intento della proposta è, pertanto, proprio quello di consentire la diffusione nel nostro ordinamento di società che nell'esercizio della loro attività economica abbiano anche l'obiettivo di migliorare l'ambiente naturale e sociale nel quale operano, riducendo o annullando le esternalità negative o meglio utilizzando pratiche, processi di produzione e beni in grado di produrre esternalità positive, e che si prefiggano di destinare una parte delle proprie risorse gestionali ed economiche al perseguimento della crescita del benessere di persone e comunità, alla conservazione e al recupero di beni del patrimonio artistico e archeologico presenti nel luogo ove operano o sul territorio nazionale, alla diffusione e al sostegno delle attività culturali e sociali, nonché di enti ed associazioni con finalità rivolte alla collettività e al benessere sociale».

In questi termini, detta fattispecie sarebbe, perciò, caratterizzata da uno scopo “duale” o “ibrido”, la cui realizzazione in concreto spetta agli amministratori tenuti al bilanciamento tra interessi lucrativi e non lucrativi³³.

Più precisamente, secondo il dettato legislativo, le società benefit «nell'esercizio di un'attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni e attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interessi» (art. 1, comma 376), precisando che per «altri portatori di interesse» si intendono «il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall'attività delle società di cui al comma 376, quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile» (comma 378, lett. b))³⁴.

Le finalità di beneficio comune, che devono essere specificamente indicate nell'oggetto sociale (commi 377 e 379, primo periodo), sono perseguite «mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto» (comma 377); lo stesso concetto è richiamato nel successivo comma 380, ai sensi del quale «La società benefit è amministrata in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376, conformemente a quanto previsto dallo statuto»³⁵.

Un primo punto fermo, che emerge dalla lettura della normativa, è quello dell'intangibilità dello scopo di lucro, il quale, entro una certa misura, può essere limitato dalla concomitante presenza di altri interessi rilevanti (previamente sele-

³³ Così, F. Denozzo, A. Stablini, *La società benefit nell'era dell' investor capitalism*, in *Riv. O.D.C.*, 2017, 11, i quali sottolineano come la disposizione di cui al comma 377 sembra un'indicazione rivolta agli amministratori, che, nel “gestire” la società benefit devono effettuare il bilanciamento «al fine di raggiungere lo scopo sociale nella sua declinazione bidimensionale lucro-interesse dei soci/beneficio comune interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere impatto».

³⁴ Per alcune considerazioni in merito alla nozione di beneficio comune e alla sua ampiezza, M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 209 ss.

³⁵ Per quanto riguarda la prima previsione, non sfugge l'uso improprio che il legislatore ha fatto dei termini «oggetto sociale» e «scopo», avendo utilizzato l'espressione «finalità di beneficio comune» in luogo di «attività di beneficio comune» (come correttamente riporta il comma 378, lett. d)) e nella stessa Relazione illustrativa al disegno di legge («tali finalità sono contenute nell'atto costitutivo o nello statuto della società, indicate nell'ambito delle attività indicate nell'oggetto sociale»). Evidenzia S. Corso, *La società benefit*, cit., 1009 ss., come si possano ipotizzare due distinte letture rispetto all'inserimento delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale: da un lato, si può concepire tale elemento in chiave meramente strumentale rispetto allo scopo di lucro (interpretazione che sarebbe meno dirompente e compatibile con la concezione tradizionale dei doveri degli amministratori e dell'interesse sociale); dall'altro lato, si potrebbe invece intendere il riferimento allo scopo ulteriore rispetto alla divisione degli utili come una sorta di «mutazione» della causa sociale, con inclusione all'interno della stessa di finalità sociali, non meramente strumentali o accessorie rispetto allo scopo di lucro, ma dotate di pari dignità rispetto allo scopo di lucro e quindi “coestensive” rispetto ad esso. Precisa Assonime, *La disciplina della società benefit*, cit., 13, come l'indicazione delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale consenta “di cristallizzare gli obiettivi perseguiti nell'esercizio dell'attività economica rendendo immanente all'impresa l'impegno alla realizzazione del beneficio comune, a prescindere dalle vicende che interessano i soci e il *management*”.

zionati dallo statuto) ma mai drasticamente compromesso (come, invece, si prevede, ad esempio, per l'impresa sociale costituita in forma societaria)³⁶.

In tal senso, depongono, innanzitutto, la Relazione ministeriale, che definisce lo scopo di beneficio comune «aggiuntivo» rispetto a quello di lucro, nonché il dato normativo, che in diverse disposizioni esprime chiaramente tale concetto³⁷.

Alle stesse conclusioni porta l'inquadramento tipologico della società benefit: si deve, infatti, ritenere che il richiamo ai tipi sociali previsti dalle disposizioni del codice civile al libro V, titoli V e VI attribuisca rilievo anche all'elemento causale proprio di ciascuno di essi, il quale, perlomeno nelle società cd. lucrative, corrisponde allo scopo di lucro³⁸.

Sulla base di tali dati normativi, ci si potrebbe, inoltre, chiedere se il rapporto tra scopo di lucro e finalità di beneficio comune sia di equiordinazione (nel senso che non vi sarebbe alcuna prevalenza dell'uno sull'altro)³⁹, ovvero, se si possa invece ipotizzare una sovraordinazione dello scopo di lucro rispetto a quello di beneficio comune (nel senso di ritenere che il perseguimento delle finalità di beneficio comune debba comunque essere strumentale alla soddisfazione dell'interesse dei soci)⁴⁰.

³⁶ Si vedano sul punto, D. Stanzone, *Profili ricostruttivi*, spec. 506, il quale sottolinea come l'innovazione normativa di maggiore interesse sarebbe quella che impone di indicare le finalità benefiche nell'oggetto sociale, senza alterare formalmente lo scopo sociale, che rimane sempre quello di dividere gli utili; D. Mosco, *Scopo e oggetto*, cit., 81 ss.; M. Stella Richter jr, *Società benefit e società non benefit*, in *Riv. ODC*, 2017, 2 s.; M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 722 e 726; sulla distinzione tra società benefit ed enti non profit, si vedano, A. Zoppini, *Un raffronto*, spec.4 ss; specifica come l'assunzione della qualifica di società benefit alteri in modo sensibile il profilo causale della società, comportando una parziale rinuncia al profitto, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6, ritenendo integrato quel «cambiamento significativo della società» idoneo a legittimare l'esercizio del recesso ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. a), c.c.

³⁷ Si vedano in tal senso, oltre la già citata Relazione illustrativa: il comma 376, il quale precisa che le finalità di beneficio comune sono perseguibili «oltre allo scopo di dividerne gli utili»; il comma 380, laddove prescrive che la società venga amministrata in modo da bilanciare gli interessi dei soci, il perseguimento di finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376; i commi 376, 378, lett. a), ai sensi dei quali lo scopo di beneficio comune è perseguito «nell'esercizio dell'attività economica».

³⁸ Sul fatto che la società benefit non costituisca un nuovo tipo, ma una «qualifica», Assonime, *La disciplina della società benefit*, cit., 4; Circolare MISE; 6 maggio 2016, n. 3689/C recante «Nuove Istruzioni per la compilazione del Registro delle imprese e del REA» (su cui anche Donativi, *Circolare MISE: nuove Istruzioni per la modulistica Registro delle imprese e Rea*, in *Quotidiano giuridico IPSOA*, 8 giugno 2016, in www.plurisonline.it); in dottrina, tra gli altri, M. Stella Richter jr, *Società benefit*, cit., 7; M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 723; S. Corso, *La società benefit*, cit., 999. Sul fatto che nella gestione della società benefit debba essere rispettato quantomeno un criterio di economicità (come pare discendere anche dall'inciso di cui al comma 378, lett. a), che appunto, fa riferimento all'attività economica), A. Bartolacelli, *La società benefit: responsabilità sociale in chiaro-scuro*, in *Non profit*, 2017, 261, che rinviene nell'attività economica un «limite di sistema» rispetto alle attività di beneficio comune perseguite.

³⁹ Così, G. Marasà, *Scopo di lucro*, cit., 2 («il legislatore non sembra instaurare alcuna graduazione tra essi, cioè non identifica uno dei due scopi come principale e prevalente sull'altro [...]») e 4; Id., *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, 15 s. Sottolineano come lo scopo sociale delle società benefit abbia natura «bidimensionale», F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., 11.

⁴⁰ Sottolinea come la soddisfazione dello scopo di beneficio comune debba indirettamente avvantaggiare anche gli stessi soci, S. Stanzone, *Profili ricostruttivi*, cit., 516; pare individuare una sorta di subalterni-

A sostegno di quest'ultima ipotesi, si potrebbe, ad esempio, richiamare la previsione che attribuisce, non agli *stakeholders* in veste di beneficiari, ma all'iniziativa dei soci, la possibilità di agire nei confronti degli amministratori per la mancata realizzazione del beneficio comune (a tal riguardo, la legge si limita, infatti, a stabilire che «[...] In caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 380, si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di società in tema di responsabilità degli amministratori»).

In realtà, se è vero che la configurazione legislativa della società benefit consente di considerarla strumento, più che di protezione degli *stakeholders*, di valorizzazione dell'autonomia dei soci (che, in vista del conseguimento di un vantaggio essenzialmente reputazionale, possono scegliere di vincolare la gestione al perseguimento di interessi non lucrativi⁴¹), diviene difficile ipotizzare- in termini generali e salvo quanto diremo di seguito con specifico riferimento alle società partecipate dalla pubblica amministrazione- un rapporto di necessaria strumentalità, rilevante in sede di bilanciamento, tra le finalità di beneficio comune e lo scopo di lucro. E ciò a meno di non voler vanificare la *ratio* della normativa, che non chiede agli amministratori semplicemente di "tenere conto", nelle proprie decisioni, degli interessi degli *stakeholders* (espressione usata in altri contesti e che potrebbe effettivamente sottintendere l'idea di una subordinazione degli interessi non lucrativi a quelli lucrativi), ma impone loro di effettuare un «bilanciamento» tra lo scopo di dividere gli utili e la finalità di beneficio comune (che, perlomeno in astratto, sembrerebbero dotati di una pari dignità)⁴².

Nelle società benefit, l'istituzionalizzazione del perseguimento della finalità di beneficio comune (tramite la sua elevazione a scopo ulteriore rispetto a quello lucrativo, nonché l'inclusione nell'oggetto sociale) dimostra, infatti, come l'in-

tà dell'interesse dei soci rispetto a quello dei terzi, M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 211 ss., ove precisa come il beneficio comune, al di là del dato letterale, vada letto come rivolto ad avvantaggiare, oltre a uno o più portatori di interesse, anche i soci della società che puntano a vedere realizzato lo scopo di dividere gli utili richiamato dal comma 376.

⁴¹ Sottolineano F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., spec., 11, che l'obiettivo perseguito dalla legge è quello di favorire un «equilibrio ottimale» tra profitto e altri interessi rilevanti, pur premettendo che la società benefit non è uno strumento di «*empowerment* degli *stakeholders* non finanziari», ma di valorizzazione dell'autonomia dei soci-investitori.

⁴² Il nostro legislatore pare aver seguito l'esempio del Delaware, che, introducendo il «*duty to balance*» (*Del Code. Ann. Tit. 8§ 365 a*) invece del «*duty to consider*», si è differenziato da molte legislazioni statunitensi in materia di *benefit corporations*: gli amministratori non devono cioè limitarsi a considerare gli interessi degli *stakeholders*, ma hanno un dovere di bilanciare tra i diversi interessi rilevanti (e quindi quello dei soci, degli altri portatori di interesse, nonché dello *specific public benefit* individuato dallo statuto). Altrettanto significativa pare la previsione di cui alla Sect. 172 *Comp. Act* inglese del 2006 (ispirata alla teoria del cd. «*enlightened shareholder value*»), che sembrerebbe chiara nell'indicare che il perseguimento da parte degli amministratori degli interessi degli *stakeholders* deve essere comunque strumentale al «*Duty to promote the success of the company*» (si vedano, C. Angelici, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur.comm.*, 2011, 164; T. Clarke, *International Corporate Governance, A Comparative Approach*, London-New York, 2017 281 ss.).

tervento legislativo in questione vada ben oltre la logica promozionale e settoriale che ispira i precedenti provvedimenti legislativi (si veda, ad esempio, il d.lgs., n. 254/2016, in tema dichiarazioni di carattere non finanziario, che, pur attribuendo rilevanza alle politiche sociali dell'impresa, non muta le finalità in vista delle quali gli amministratori debbono agire e, perciò, non importa un'alterazione della causa lucrativa)⁴³.

In altri termini, la previsione di uno scopo "ibrido" rappresenterebbe il vero e proprio tratto distintivo tra società benefit e società non benefit che occasionalmente compia atti di beneficio comune, sicché ipotizzare che ogni atto di beneficio comune debba comunque necessariamente comportare, nell'immediato, un contestuale vantaggio ai soci significherebbe ridurre la portata innovativa della fattispecie⁴⁴.

6. *Le società benefit a partecipazione pubblica: considerazioni alla luce della legge, n. 208/2015*

Delineato in estrema sintesi il modello di società benefit, è necessario valutarne la compatibilità con le società a partecipazione pubblica, partendo innanzitutto dall'analisi del dato normativo di cui alla legge n. 208 del 2015.

Tale normativa, che non prevede particolari requisiti soggettivi in capo ai suoi soci, non sembrerebbe porre alcuna preclusione rispetto alla partecipazione alla società benefit da parte di soggetti pubblici (e ciò a differenza da quanto previsto ex art. 1, comma 2, d.lgs. 112/2017, che impedisce di assumere la qualifica di impresa sociale alle «amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni [...]»)⁴⁵.

⁴³ Sul fatto che la disciplina di cui al d.lgs., n. 254/2016, sulle dichiarazioni di carattere non finanziario non muti gli "interessi" che un amministratore di s.p.a. deve perseguire, U. Tombari, "Potere" e "interessi" nella grande impresa azionaria, Milano, 2019, 79; si veda anche N. Rondinone, *Interesse sociale vs. interesse "sociale" nei modelli organizzativi di gruppo presupposti dal d.lgs. n. 254/2016*, in *Riv. soc.*, 2019, 368 ss., che, invece, sottolinea come il rispetto di tali obblighi di trasparenza implichi il sorgere di doveri organizzativi in capo agli organi di amministrazione e controllo, specie nell'ambito dei gruppi societari. Più in generale, sul tema della responsabilità sociale delle imprese, si vedano tra i molti, M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. O.D.C.*, 2013, n. 3, 2; Id., *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità solidale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss; V. Calandra Buonauro, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, ivi, 2011, 526 ss.; F. Denozza, A. Stabilini, *CSR and Corporate Law: The Case for Preferring Procedural Rules*, in *www.ssrn.com*, 2008.

⁴⁴ Sul fatto che l'introduzione di uno scopo ibrido rappresenti il vero dato "innovativo" della società benefit, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 1; sul punto anche M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 206. Non pare riconoscere un carattere "innovativo" alla disciplina sulla società benefit, sostenendo che anche in assenza di tale normativa i soci potrebbero ricomprendere nell'oggetto sociale anche obiettivi di carattere ideale, vincolando gli amministratori al loro perseguimento, S. Pratavera, *Società benefit e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, spec. 949 ss.

⁴⁵ Sul punto si sofferma anche M. Palmieri, *L'interesse sociale*, cit., 210 ss.

Né la considerazione per cui la pubblica amministrazione è indicata, ai sensi del comma 378, tra gli «altri portatori di interessi» (e quindi tra i possibili destinatari dell'attività di beneficio comune) sembrerebbe argomento sufficiente a dimostrare che il legislatore abbia inteso escluderla dal novero dei possibili soci.

Ebbene, nella misura in cui si ritenga che lo schema della società benefit ammetta la coincidenza (almeno parziale) tra socio beneficiante e soggetto beneficiario (e sul punto, in effetti, non si rinvergono specifiche indicazioni contrarie da parte del legislatore), tutto ciò non farebbe sorgere alcun particolare problema⁴⁶.

Data l'ampiezza della definizione di «finalità di beneficio comune» (che ricomprende tra i suoi beneficiari anche comunità, territori, società civile, ambiente, educazione, ecc.), ben si potrebbe sostenere una possibile coincidenza e/o compatibilità con alcuni di quegli interessi di carattere pubblico-collettivo di cui l'ente pubblico socio è portatore.

La specificazione del beneficio comune a livello statutario rappresenta, però, uno dei punti di maggiore criticità rispetto all'efficace funzionamento dell'istituto, posto che, in mancanza di vincoli in tal senso e di controlli preventivi, la formulazione della relativa clausola in termini generici o indeterminati (come evidenza in taluni casi la prassi) porterebbe ad attribuire un'ampia discrezionalità all'organo amministrativo in sede di bilanciamento tra interessi lucrativi ed interessi non lucrativi⁴⁷.

Un' incerta definizione dello scopo di beneficio comune o una sua formulazione in termini eccessivamente generici potrebbe, infatti, o rendere non effettivo il suo perseguimento (vanificando pertanto le aspettative dei relativi *stakeholders*) o, all'opposto, portare ad indebitamente comprimere lo scopo di lucro⁴⁸.

Inoltre, pur in assenza di un qualche spunto legislativo in tal senso, parrebbe necessario che la finalità di beneficio comune perseguita dalla società benefit si ponga in stretta correlazione con l'attività principale caratterizzante la stessa (ovvero, il suo «*core business*»), esigenza che pare assumere una rilevanza del tutto particolare nell'ambito delle società a partecipazione pubblica (stante la previsione, da parte del testo unico, di un ben preciso vincolo funzionale per la costituzione e/o permanenza della partecipazione pubblica in società)⁴⁹.

⁴⁶ Ritieni che il beneficio comune possa essere diretto ad avvantaggiare, oltre che i portatori di interessi, anche gli stessi soci, M. Palmieri, *op.cit.*, 211.

⁴⁷ In merito al bilanciamento di interessi da parte dell'organo amministrativo, si veda, in particolare, il saggio di U. Tombari, *L'organo amministrativo di S.p.A. tra "interessi dei soci" ed "altri interessi"*, in *Riv. soc.*, 2018, 20 ss.

⁴⁸ Sottolinea come sia cruciale l'individuazione a livello statutario dello specifico beneficio comune che si intende perseguire, non potendo limitarsi a clausole generiche o indeterminate, M. Riolfo, *Le società "benefit"*, cit., 725.

⁴⁹ L'art. 4 t.u. prevede che le p.a. non possono costituire società «aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Le stesse considerazioni sembrereb-

7. (Segue): *considerazioni alla luce delle disposizioni del d.lgs., n. 175/2016*

Passando ad esaminare le disposizioni del testo unico, precisa l'art. 3, comma 1, t.u., che, in coerenza con il principio di legalità nell'organizzazione amministrativa, le amministrazioni pubbliche possono partecipare «esclusivamente a società, anche consortili, in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa»⁵⁰.

Non è, però, chiaro se tra i tipi sociali esclusivamente utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni ex art. 3, comma 1, si debbano ricomprendere solo quelli previsti dal codice civile o si possano includere anche gli ulteriori modelli societari introdotti da leggi speciali (quali, appunto, la società benefit)⁵¹.

La prima soluzione sembrerebbe suggerita dalla stessa definizione di «società» di cui all'art. 1, comma 1, lett. *l*), t.u., nella quale sono ricompresi solo «gli organismi di cui al titolo V del libro V del codice civile».

Indicazioni non dissimili provengono dalla già citata previsione di cui all'art. 1, comma 3, t.u., con cui si stabilisce che «Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto sono applicabili le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato», laddove le uniche leggi speciali fatte salve sono quelle relative alle società cd. di diritto singolare (ovvero, «specifiche disposizioni, contenute in leggi o regolamenti governativi o ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l'esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse») (comma 4, lett. *a*)), nonché le «disposizioni di legge riguardanti la

bero valere con riguardo all'art. 5 t.u., secondo cui l'atto deliberativo di costituzione di società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivato con riferimento alla «necessità per la società per il perseguimento delle finalità istituzionali», nonché alle ragioni di tale scelta sotto il piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria.

⁵⁰ La definizione tassativa dei tipi societari utilizzabili, riconducibile ad un più generale principio di tipicità delle forme organizzative della pubblica amministrazione, ha, innanzitutto, lo scopo di escludere l'utilizzo di società di persone e quindi di salvaguardare il pubblico erario, altrimenti compromesso dalla responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali: sul punto, Consiglio Nazionale del Notariato, *Tipi di società n cui è ammessa la partecipazione pubblica: note a margine dell'art. 3 T.U.S.P.*, Studio n. 227-2017/I, in www.notariato.it, spec. 3 ss.; C. Ibba, *Introduzione*, in A.a.V.v., *Le società a partecipazione pubblica*, Commentario diretto da C.Ibba e I. Demuro, Bologna, 2018, 3 ss.

⁵¹ Ritiene, ad esempio, G. Marasà, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in A.a.V.v., *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 20 ss., che le società consortili con partecipazioni pubbliche non siano completamente riconducibili a quelle di cui all'art. 2615-ter, che, richiamando l'art. 2602 c.c., identifica i suoi partecipanti come «imprenditori»: se ci si limitasse a considerare solo la fattispecie codicistica, in altri termini, verrebbero escluse tutte quelle società consortili in cui le p.a. non sono qualificabili come imprenditori, dovendosi invece ritenere che il t.u. faccia riferimento anche a quelle delineate dall'art. 4, comma 2, lett. *d*) (società cd. strumentali), ove più p.a. intendono dar luogo ad un'impresa per conto proprio.

partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diverse dalle società e a fondazioni» (lett. *b*)).

È evidente come non si possa sostenere né che le società benefit siano enti diversi dalle società ⁵², né che le stesse siano pienamente riconducibili agli ordinari modelli codicistici, presentando elementi di forte specialità, non riproducibili - secondo l'opinione che sembrerebbe preferibile ⁵³ - in società diverse da quelle benefit.

Ci si potrebbe allora chiedere se la normativa sulle società benefit di cui alla legge, n. 208/2015, possa rientrare tra le «norme generali di diritto privato».

Secondo l'interpretazione suggerita dal Consiglio di Stato, per «norme generali di diritto privato» si debbono intendere quelle «leggi speciali di diritto privato di portata generale che possono essere collocate al di fuori del codice stesso» ⁵⁴.

A parte la considerazione che qualsiasi norma in quanto tale ha una portata generale (e astratta) e che (a meno di non rifugiarsi in tale ovvia osservazione) non sfugge un elemento di irriducibile paradossalità nel pretendere di far rientrare nel concetto di generalità le leggi speciali, tale precisazione potrebbe presentare un interesse ai nostri fini nella misura in cui legittima l'applicazione alle società a partecipazione pubblica di leggi speciali (pur se non esplicitamente richiamate dal testo unico).

Come a sua volta chiarisce lo stesso Consiglio Nazionale del Notariato, il rinvio *ex art.* 3, comma 1, t.u. alle società di capitali e cooperative di cui al codice civile ricomprenderebbe anche i relativi sotto-tipi o modelli speciali ⁵⁵.

Tra essi rientrerebbe perciò anche la società benefit, che non costituisce un tipo autonomo ma una semplice variante del modello base: in tal senso sembrerebbe deporre anche la previsione di cui al comma 379, in base alla quale le società diverse dalle benefit, «qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune [...]», sono tenute ad una mera modifica dell'atto costitutivo o dello statuto, non, invece, ad una vera e propria trasformazione (operazione che si rende-

⁵² Ipotizza, sia pure incidentalmente, che la società benefit possa condividere anche i caratteri dell'associazione, M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 10.

⁵³ Sull'impatto sistematico della disciplina delle società benefit sulle società non benefit, che non potrebbero perseguire, se non in termini meramente marginali ed occasionali, finalità di beneficio comune, S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6; F. Denozza, A. Stabilini, *La società benefit*, cit., 10; U. Tombari, *L'organo amministrativo*, cit., 26 ss.; ma vedi M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 3 ss.

⁵⁴ L'espressione «norme generali di diritto privato» è stata suggerita da Cons. Stato, Ad. Comm. spec., 21 aprile 2016, n. 968, *sub art.* 1, che sottolineava l'equivocità del riferimento, da parte della precedente versione della norma, alle «leggi speciali» (la possibilità di richiamare, per questa via, anche le «leggi speciali di diritto pubblico» avrebbe, infatti, vanificato il complessivo intento di semplificazione del testo unico).

⁵⁵ Nel secondo senso, Consiglio Nazionale del Notariato, *Tipi di società*, cit., 2 s., ritenendo di «sicura inclusione» nell'ambito di applicazione dell'art. 3, comma 1, t.u., tutte le relative «varianti», «sottospecie» e «sottotipi», tra cui, ad esempio, le s.p.a. quotate o le s.r.l. *start up* innovative.

rebbe invece necessaria, qualora il legislatore avesse inteso attribuire alla società benefit una diversa connotazione tipologica)⁵⁶.

Rimane però il dubbio del perché il testo unico abbia ritenuto di dover espressamente specificare, nell'ultima versione dell'art. 3, comma 1, che le pubbliche amministrazioni possono costituire società partecipate anche in forma di società cooperative e consortili: in particolare, ci si può chiedere se tale specificazione, che potrebbe risultare in sé superflua dato il generale rinvio *ex art.* 1, comma 3, alle disposizioni del codice civile in tema di società, non avvalorì l'idea che ogni volta in cui lo scopo della società non è lucrativo (così determinandosi una non certo secondaria "mutazione" rispetto al tipo generale società di capitali codicisticamente previsto), sia richiesta un'autorizzazione legislativa espressa all'uso del modello da parte della pubblica amministrazione (nella specie assente). Su ciò, però, ritorneremo in sede di conclusioni, per proporre un'ipotesi di necessario adattamento del modello società benefit alle esigenze proprie dell'organizzazione amministrativa.

8. *Alcune osservazioni ulteriori su società a partecipazione pubblica e modello benefit*

A fronte di previsioni di legge che, come si è visto, non paiono fornire risposte conclusive (presumibilmente il t.u. non si è semplicemente posto il problema dell'ammissibilità delle società benefit), pare più interessante soffermarsi sulla questione se, sotto il profilo sostanziale, si possa ravvisare un'incompatibilità tra le due discipline, quella sulle società benefit e quella di cui al d.lgs., n. 175/2016.

Se, come si è cercato di dimostrare nel presente scritto, le società a partecipazione pubblica sono pienamente lucrative, l'unico strumento generale disponibile (al di là dei casi di società cd. legali prive dello scopo lucrativo) per affievolire tale carattere ed "internalizzare" la considerazione dell'interesse pubblico nella *governance* sociale sarebbe dato, appunto, dall'utilizzo del modello benefit. Esso potrebbe quindi trovare delle interessanti applicazioni, ad esempio nell'ambito

⁵⁶ Escludono che l'assunzione della qualifica di società benefit possa configurarsi quale trasformazione in senso tecnico, M. Stella Richter jr., *Società benefit*, cit., 7 (ma vedi 10 ss., ove l'Autore pone il dubbio se il divenire società benefit rappresenti per una società lucrativa il passaggio da una comune società ad un'organizzazione che per alcuni profili si avvicinerrebbe all'associazione, in tal modo implicando una quantomeno parziale trasformazione eterogenea); S. Rossi, *L'impegno multistakeholder*, cit., 6; S. Corso, *La società benefit*, cit., 1012 testo e nota 65; A. Lupoi, *L'attività delle "società benefit"*, in *Riv. not.*, 2016, 823, ove specifica che la società benefit non è un tipo speciale di società, ma un ampliamento funzionale della società stessa.

dei servizi pubblici locali (dove già esiste già il precedente delle farmacie comunali fiorentine)⁵⁷.

Alla luce delle considerazioni svolte nel presente scritto, il problema non sembrerebbe, in realtà, solo quello di stabilire se le società partecipate possono adottare la forma benefit, ma anche quello di individuare le modalità attraverso cui tale opzione può essere in concreto utilizzata. In tal senso, potrebbe risultare decisivo il ruolo dell'autonomia statutaria, tanto per quanto riguarda la configurazione statutaria delle finalità di beneficio comune (come si è avuto modo di accennare), tanto per quanto riguarda, invece, la predisposizione di un'organizzazione interna idonea a supportare un corretto bilanciamento tra scopi lucrativi e non lucrativi.

In mancanza della possibilità per le società a partecipazione pubblica di ricorrere al modello benefit, l'attività dell'ente pubblico, come già rilevato, sarebbe sottoposta a limiti più stringenti di quelli di qualsiasi altro soggetto privato, non solo perché sarebbe richiesta una condotta sempre economicamente razionale (sulla base del predetto criterio di legge delega del cd. «operatore di mercato»), ma anche perché esso non avrebbe a disposizione strumenti attraverso i quali contemperare interessi di diversa natura⁵⁸.

Invero, approfondendo il tema degli interessi legittimamente perseguibili dalle PA tramite la società benefit, ed osservando la questione sotto il profilo del ricordato criterio di delega del cd. investitore razionale, non sfugge come i giudici europei abbiano più volte ricordato che eventuali finalità sociali non possono giustificare l'investimento pubblico nella società, in quanto esso deve trovare la sua razionalità solo in senso economico⁵⁹.

⁵⁷ Per l'utilizzo di società benefit nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, S. Nicodemo, M.V. Susanna, *Società a partecipazione pubblica*, Pisa, 2018, 49 ss. Un esempio concreto è dato dall'azienda farmaceutica municipalizzata A.F.A.M. (Farmacie Comunali Firenze), che si è trasformata in società benefit a capitale misto pubblico-privato (ove la partecipazione pubblica è del 20%), prevedendo nello statuto, che «in qualità di società benefit, la società intende perseguire più finalità di beneficio comune e operare in modo responsabile, sostenibile e trasparente, nei confronti di persone, territorio, ambiente e altri portatori di interesse» (art. 4). Per un'analisi empirica circa l'utilizzo delle società benefit, M. Bianchini, C. Sertoli, *Una ricerca Assonime sulle società benefit Dati empirici, prassi statutaria e prospettive*, in *A.G.E.*, 2018, 201 ss.

⁵⁸ Si vedano, in particolare, le considerazioni effettuate ai paragrafi 2 e 3.

⁵⁹ In particolare, la Corte di giustizia, ancora nel 2018, ha avuto modo di ribadire che «[...] per giurisprudenza costante, ai fini della valutazione della questione se la stessa misura sarebbe stata adottata, in condizioni normali di mercato, da un operatore privato posto in una situazione la più analoga possibile a quella dello Stato, devono essere presi in considerazione unicamente i benefici e gli obblighi connessi alla posizione di quest'ultimo nella sua qualità di operatore privato, ad esclusione di quelli connessi alla sua qualità di potere pubblico [...] Pertanto, al momento della valutazione della razionalità economica di una misura statale, richiesta dal principio dell'operatore privato, la Corte ha ritenuto di dover escludere gli oneri derivanti, per lo Stato, dal licenziamento dei lavoratori, dal pagamento dei sussidi di disoccupazione e dagli aiuti alla ricostruzione del tessuto industriale [...] e anche dalle garanzie concesse e dai crediti detenuti dallo Stato, poiché essi stessi costituiscono aiuti di Stato [...] In particolare, per quanto riguarda tale ultima ipotesi, la Corte ha precisato che, dal momento che, con la concessione di un aiuto, uno Stato membro persegue, per definizione, obiettivi diver-

Insomma, in questa prospettiva, non sarebbe consentito giustificare la rinuncia alla redditività con il perseguimento di obiettivi pubblicistici-sociali che, per quanto antilucrativi, comunque giovino al socio pubblico nella sua veste “pubblicistica” (o meglio, agli interessi collettivi di cui sia istituzionalmente portatore). In particolare, non si può nemmeno adottare una logica di finanza pubblica vista nel suo complesso: la circostanza che per il socio pubblico possa, in fin dei conti, costare meno salvare un’impresa piuttosto che farsi carico poi, nella sua veste pubblicistica, degli oneri economici generali della sua liquidazione non è, di per sé, ragione giustificatrice dell’intervento pubblico, perché questo deve muoversi esclusivamente in una logica di «razionalità economica intrinseca»⁶⁰ di tipo privatistico.

Sicché delle due l’una: o si interpreta (e si configura statutariamente) la finalità sociale nelle società benefit come marginale e comunque strettamente correlata e strumentale alla produzione di ricchezza (*sub specie*, ad esempio, di ritorno di immagine), ovvero, in concreto, appare dubbio il ricorso alle stesse da parte del socio pubblico.

A conclusioni prudenziali induce altresì l’inevitabile rilievo di un profilo già accennato: la tutela della causa lucrativa nelle società in mano pubblica si riconnette direttamente al principio costituzionale di economicità dell’azione amministrativa (art. 97, comma 1, Cost.)⁶¹.

In tale ottica, non pare un caso che il testo unico enumeri espressamente le società non lucrative che possono essere utilizzate (cooperative e consorzi): in altri termini, tale elenco andrebbe interpretato *a contrario*, così da escludere ogni altra figura non lucrativa che non sia richiamata dal d.lgs., n. 175/2016, e non trovi fondamento in una previsione di legge singolare.

Ed allora, solo ad ipotizzare che per le società benefit a partecipazione pubblica lo scopo sociale sia strettamente strumentale a quello lucrativo è dato ritrovare una piena conciliazione con il principio di legalità organizzatoria (e sua necessaria finalizzazione al principio di economicità) di cui all’art. 97 Cost.

Ed ancora, laddove mai si ipotizzasse un beneficio puro, che va al di là di quanto strumentale allo scopo di lucro, occorrerebbe allora seriamente interrogarsi sull’effettivo rispetto del principio di imparzialità dell’azione amministrativa (art. 97, co. 2, Cost.), quale declinato dall’art. 12, legge n. 689 del 1981 nel dovere per le amministrazioni che concedono benefici di preordinarne in modo trasparente i criteri di assegnazione ed utilizzare un procedimento amministrativo che

si dalla redditività dei mezzi messi a disposizione delle imprese, si deve ritenere che tali mezzi siano, in linea di principio, concessi dallo Stato nell’esercizio delle sue prerogative di potere pubblico...» (così, Corte Giust. Eur., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, *FIH Holding AIS*, punti 55-57).

⁶⁰ Corte Giust. Eur., Grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C-579/16 P, cit, punto 67.

⁶¹ Su cui si rinvia a F. Goisis, *Il problema*, cit., 67 ss.

ponga su un piano di *par condicio* tutti gli aspiranti⁶². Occorrerebbe, cioè, per evitare una fuga da (elusione de) il diritto pubblico-amministrativo e relative garanzie, che la società esercitasse la sua attività di beneficio comune secondo procedimenti amministrativi: il che, naturalmente, creerebbe varie questioni e problemi si ritiene- più efficacemente superabili escludendo l'idea del beneficio puro.

Insomma, le società benefit non paiono precluse al socio pubblico; ma ciò solo se ed in quanto si interpretino le finalità sociali in modo assai contenuto e prudente; vale a dire in un ruolo marginale e strettamente strumentale alla logica e razionalità economica "privatistica".

Dunque, la disciplina sulle società benefit andrà calata nel particolare regime delle partecipate pubbliche, in modo da coordinarsi con quest'ultimo, senza divenirne strumento di snaturamento ed elusione.

Altrimenti, si aprirebbe la strada per un rinnovato disordine degli istituti e per la confusione tra pubblico e privato: cos'altro sarebbe, infatti, la partecipata pubblica benefit in cui l'interesse sociale sia pariordinato a (o addirittura prevalente su) quello lucrativo, se non (ad essere ottimistici, ossia a non ipotizzare una ancor più profonda deviazione dai caratteri dell'impresa produttrice di ricchezza), un ente pubblico economico, in cui, come noto, interessi pubblici e lucrativi si conciliano, secondo la formula dell'economicità, intesa come equilibrio tra costi e ricavi? Ma a così ragionare, riacquisterebbe tutta la sua attualità il noto monito dell'Ascarelli contro la società in mano pubblica come «formula insincera»⁶³.

⁶² «La concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi».

⁶³ T. Ascarelli, *Tipologia delle società per azioni*, cit., 1013 che parla, in relazione alla società in mano pubblica, di «formula insincera», in cui si ritrovano «due punti di vista [...] antitetici». Formula che, come tale, dovrebbe «essere superata» da quella, ben più coerente, dell'ente pubblico economico.

Ancora sullo scopo di lucro nelle società a partecipazione pubblica: spunti alla luce della disciplina sulle società benefit

Il presente scritto si propone di verificare, alla luce del vigente quadro sistematico e normativo, se gli enti pubblici, al fine di contemperare il fine di lucro con interessi di natura pubblica, possano avvalersi del modello della società benefit di cui alla legge, n. 208/2015 (strumento attraverso il quale le società possono perseguire, oltre allo scopo di dividere gli utili, anche una o più finalità di beneficio comune). Tale ipotesi, che consentirebbe alle società partecipate di “internalizzare” a livello di gestione sociale il perseguimento di finalità non lucrative (di beneficio comune) e potrebbe trovare delle interessanti applicazioni (ad esempio, nell’ambito dei servizi pubblici essenziali) deve tener conto, oltre che dei possibili ostacoli sul piano legislativo, dei più recenti sviluppi legislativi in materia di società a partecipazione pubblica, che parrebbero confermare (secondo l’opinione che a chi scrive parrebbe preferibile) una lucratività piena ed inderogabile delle società partecipate.

More on the purpose of profit in companies with public participation: ideas in the light of the regulation of benefit companies

In the light of the current systematic and regulatory framework, the purpose of this paper is to verify whether public bodies can make use of the “benefit corporation” model as per Law no. 208/2015 (an instrument through which, in addition to the purpose of dividing profits, companies can pursue one or more purposes of common benefit) in order to reconcile the purpose of profit with interests of a public nature. This hypothesis – which would allow the investee companies to ‘internalise’ the pursuit of non-profit purposes (of common benefit) at the level of social management, and could find interesting applications (for example, in the field of essential public services) – must take into account the most recent legislative developments in the field of publicly owned companies (in addition to possible obstacles at the legislative level), which would seem to confirm a full and mandatory profitability of the investee companies (in the opinion of the writer, it would seem preferable).

Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.

Francesco Vetrò

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il Gestore dei Servizi Energetici. – 3. Il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei (*Clean energy package*). – 3.1. La Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II): le *Renewable Energy Communities*. – 3.2. Le Direttive 2018/2002/UE e 2018/844/UE: efficienza energetica e prestazioni energetiche nell'edilizia. – 3.3. Il Regolamento n. 2019/943/UE e la Direttiva n. 2019/944/UE sulle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica: i poteri delle Autorità di regolazione. – 3.4. Il Regolamento n. 2019/941/UE: il sistema di cooperazione multilivello nella gestione delle crisi di energia elettrica. – 3.5. Il Regolamento n. 2019/942/UE: l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia. – 3.6. Il Regolamento n. 2018/1999/UE: la nuova *governance* dell'Unione dell'energia. – 4. Dalla Strategia Energetica Nazionale (SEN 2017) al Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC) e la Strategia di lungo termine: struttura, contenuto e natura giuridica. – 5. Il GSE nel sistema energetico nazionale: natura giuridica del soggetto e carattere delle funzioni (anche in relazione ad un nuovo possibile ruolo nel processo di transizione energetica). – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi 20 anni, il settore elettrico è stato scenario di radicali trasformazioni, realizzatesi in stretta connessione e per effetto del processo di liberalizzazione formalmente avviato con il D.lgs. n. 79/1999¹, di recepimento della prima direttiva europea sul mercato interno dell'elettricità (Direttiva 96/92/CE).

¹ In argomento, v. G.G. Gentile, *L'apertura del mercato dell'energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1999, 3 ss.; F. Di Porto, *Il Decreto Bersani (d.lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Conc. e mercato 2000*, 407 ss.; G. Napolitano, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, in *Dir. amm. spec.*, III, Milano, 2003, 1635 ss., II ed., Milano 2003, 2189 ss.; A. Colavecchio, *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl. - Agg.*, II, Torino, 2005, 233 ss.; F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005.

L'assetto normativo e regolamentare del settore energetico sta continuando ad evolversi, ricevendo, da ultimo, una straordinaria accelerazione per effetto di un nuovo recente Pacchetto di misure europee, con il quale sono state introdotte delle rilevanti novità per tutto il settore energetico.

Nel presente lavoro saranno, quindi, esaminati alcuni dei principali contenuti del Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei», per poi soffermarsi sulla configurazione, sulle funzioni e sul ruolo, anche in una prospettiva *de jure condendo*, di uno dei principali soggetti istituzionali della *governance* nazionale del settore energetico, costituito in forma di società per azioni²: il Gestore dei Servizi Energetici (GSE).

2. *Il Gestore dei Servizi Energetici (GSE): l'istituzione e l'originaria configurazione*

Il Gestore dei Servizi Energetici – come noto – nasce con il D.lgs. n. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), il quale prevede la costituzione, da parte di Enel S.p.A., di una società cui conferire la gestione della rete elettrica e l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica; nella sua originaria configurazione, la società aveva, infatti, la denominazione di Gestore delle Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN).

A seguito della riunificazione della proprietà e della gestione della rete di trasmissione nazionale (prevista dall'art. 1-ter, comma 1, del D.lg. n. 239/2003, convertito con L. n. 290/2003, ed attuata con il D.P.C.M. 11 maggio 2004), la denominazione è mutata in quella di Gestore dei Servizi Energetici. Le funzioni inizialmente attribuite al GSE concernevano: a) la compravendita dell'energia elettrica

² In tema di società in mano pubblica la letteratura è sterminata. Tra i molti, v: M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 2002; G. Napolitano, *Soggetti privati enti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2003, 810 ss.; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; A. Massera, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 889 ss.; F. Fimmanò, *Le società pubbliche: ordinamento, crisi ed insolvenza*, Milano, 2011; C. Ibba, M.C. Malaguti, *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011; F. Fimmanò, A. Catricalà, *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; F. Auletta, *Le società pubbliche nel Testo Unico*, Milano, 2017; F. Cintioli, F. Massa Felsani, *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017; R. Garofoli, A. Zoppini, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molifetta, 2018; C. Ibba, I. Demuro, *Le società a partecipazione pubblica - Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018.

CIP6³; b) l'emissione di certificati verdi⁴ e di certificati bianchi⁵; c) lo svolgimento dell'attività correlata all'attuazione delle direttive europee in tema di promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili; d) la gestione delle partecipazioni societarie nelle società Gestore dei Mercati Energetici e Acquirente Unico.

Successivamente, sono state attribuite al GSE ulteriori e sempre più rilevanti funzioni in materia di incentivazione della produzione elettrica da energia solare, di qualifica degli impianti di cogenerazione ad alto rendimento, nonché di erogazione del servizio di ritiro dedicato e scambio sul posto e di riconoscimento delle qualifiche di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile (qualifica IAFR), quale prerequisito per il riconoscimento degli incentivi⁶.

Il crescente ampliamento e la diversificazione dei compiti assegnati al GSE⁷ sono quindi elementi caratterizzanti la storia della società, che riflettono l'evoluzione normativa registratasi a livello europeo e, poi, nazionale nel settore energetico; dall'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, la funzione principale della società è progressivamente divenuta quella di promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso il riconoscimento di qualifiche e l'erogazione di incentivi in materia di energia da fonti rinnovabili e di efficienza energetica. Va da sé che non ci si può esimere dal guardare alle ultime misure europee adottate in ambito energetico per capire quale potrà essere il ruolo che il GSE sarà chiamato a svolgere al servizio del sistema energetico nazionale; ruolo che, come si vedrà, sarà ancor più cruciale.

³ Si tratta del meccanismo di incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili denominato, per l'appunto, "CIP6" dal provvedimento del Comitato Interministeriale Prezzi adottato il 29 aprile 1992, che ne prevedeva la iniziale disciplina.

⁴ Essi erano disciplinati dalla Legge 23 agosto 2004, n. 239 e dal decreto del Ministero dello sviluppo economico 24 ottobre 2005.

⁵ La prima disciplina è stata introdotto con il decreto del Ministero delle Attività Produttive e del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio del 20 luglio 2004.

⁶ Per un approfondimento sui profili organizzativi e funzionali del Gestore dei Servizi Energetici si rinvia a S.M. Sambri, A. Muollo, *Il GSE (Gestore del Sistema Elettrico) e il GME (Gestore dei Mercati Energetici). Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in E. Picozza, S.M. Sambri (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, Padova, 2015, 165 ss.

⁷ Per una incisiva descrizione dell'assetto societario del GSE utile è il rinvio alle Relazioni della Corte dei Conti, in *www.gse.it*, ove si rileva che «il GSE è una società costituita *ex lege* (d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, c.d. "Decreto Bersani") interamente e direttamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, Capogruppo della Società Acquirente Unico – AU S.p.A. [...], Gestore dei Mercati Energetici – GME S.p.A. [...] e Ricerca sul Sistema Energetico – RSE S.p.A. [...]. Le Società del Gruppo svolgono funzioni di natura pubblica nel settore energetico, seguendo gli indirizzi strategici e operativi del Ministero dello Sviluppo Economico, e operano in coerenza con i provvedimenti dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, secondo criteri di neutralità, trasparenza e obiettività. La terzietà del Gruppo, tesa a preservare gli interessi della collettività, garantisce il regolare svolgimento delle attività, affidate dalle istituzioni di riferimento in un mercato estremamente competitivo e complesso come quello energetico. La Società vanta un capitale sociale ammontante a 26 milioni di azioni nominative e indivisibili del valore di 1 euro ciascuna».

3. *Il Pacchetto energia pulita per tutti gli europei* (Clean energy package)

I repentini mutamenti tecnici e tecnologici, l'esigenza di assicurare l'approvvigionamento energetico di cui i singoli Paesi necessitano per garantire l'erogazione dei servizi di interesse economico generale dell'energia elettrica⁸ e del gas⁹, nonché la lotta ai cambiamenti climatici, sono alla base della continua evoluzione dell'assetto normativo e regolatorio del settore energetico.

A livello sovranazionale, l'ultima tappa, in ordine di tempo, di questa evoluzione è rappresentata da un articolato Pacchetto di misure proposte, nel novembre del 2016, dalla Commissione europea. Tale Pacchetto – da alcuni considerato «la più ampia e complessa iniziativa mai adottata in ambito energetico»¹⁰ – è stato ribattezzato sotto il nome «Energia pulita per tutti gli europei» (anche noto come *Winter package* o *Clean energy package*). Con esso la Commissione, nell'impegnarsi «affinché l'UE non soltanto si adatti alla transizione ma la guidi», ha inteso fissare alle Istituzioni e organismi europei e ai singoli Stati membri tre obiettivi principali: privilegiare l'efficienza energetica, conquistare la *leadership* a livello mondiale nelle energie rinnovabili e garantire condizioni eque ai consumatori¹¹. Le proposte della Commissione hanno inteso incidere su cinque dimensioni: sicurezza energetica, mercato interno dell'energia, efficienza energetica, decarbonizzazione, ricerca, innovazione e competitività.

Un ruolo cruciale nel processo di transizione energetica è svolto, per la loro attitudine a fungere da anello di congiunzione tra la politica energetica e quella ambientale, dalle energie rinnovabili e dall'efficienza energetica¹². L'interazione esistente tra le norme in materia di energia e quelle ambientali trova conferma nella scelta del legislatore europeo – inaugurata con il «Pacchetto 20-20-20» – di intervenire con un approccio integrato sul settore energetico e su quello ambien-

⁸ D. Sorace, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1009 ss.

⁹ Per una puntuale ricostruzione, si v. S. Ferla, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale*, Rimini, 2012.

¹⁰ V. Canazza, C. Checchi, *Winter Package: la maxi-iniziativa per il rilancio delle politiche energetiche europee - Newsletter del GME*, n. 101, febbraio 2017, in www.mercatoelettrico.org.

¹¹ Comunicato stampa del 30 novembre 2016, *Energia pulita per tutti gli europei: liberare il potenziale di crescita dell'Europa*, in ec.europa.eu.

¹² Nel Rapporto dell'European Environment Agency (EEA), *Adaptation challenges and opportunities for the European energy system. Building a climate – resilient low – carbon energy system*, in www.eea.europa.eu, 2019, p. 10, si è infatti ribadito che «*all parts of the energy system, from energy production and transformation to its transmission, distribution, storage and demand, can be affected by weather and climate, including long-term climate change. Gradual changes in the climate can affect the availability of important resources such as water for hydropower and for cooling thermal power plants. They can also affect energy demand, in particular in relation to heating cooling and water supply. Weather extremes such as floods and storms can lead to blackouts due to flooding electric substations or windfall on power lines. Sea level rise can threaten coastal and offshore energy infrastructure.*».

tale¹³. Il Pacchetto 20-20-20, lo si ricorda, si è sostanziato nell'adozione di due direttive: la Direttiva 2009/29/CE (recepita con il D.lgs. n. 30/2013) e la Direttiva 2009/28/CE (recepita con il D.lgs. n. 28/2011); alle due menzionate direttive del 2009, nel solco della cornice normativa tracciata dal «Pacchetto 20-20-20», ha poi fatto seguito la Direttiva 2012/27/UE, la quale, nella consapevolezza che l'efficienza energetica «migliora la sicurezza di approvvigionamento dell'Unione, riducendo il consumo di energia primaria e diminuendo le importazioni di energia»¹⁴, è stata adottata in ragione del fatto che «l'obiettivo di efficienza energetica dell'Unione non è in via di realizzazione e che sono necessari interventi decisi per cogliere le notevoli possibilità di risparmio energetico nei settori dell'edilizia, dei trasporti, nei prodotti e dei processi di produzione»¹⁵.

La posizione dell'Italia quanto al raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Unione europea con il «Pacchetto 20-20-20» è certamente positiva: nel 2018 la quota di energia da FER sui consumi finali totali è stata pari a circa il 18%, superiore all'obiettivo del 17% assegnato dalla Direttiva 2009/28/CE per il 2020. Tuttavia gli obiettivi del processo di transizione energetica continuano ad essere sempre più sfidanti. L'approccio integrato energia-clima ha trovato una vera consacrazione nell'ambito del pacchetto di misure presentate dalla Commissione Europea nel novembre 2016.

Trattasi di otto provvedimenti, improntati, appunto, alla logica integrata energia-clima, che incidono profondamente nel settore energetico nel suo complesso: il Regolamento UE n. 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia, la Direttiva UE 2018/2002 sull'efficienza energetica, la Direttiva UE 2018/2001 sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II), la Direttiva n. 2018/844/UE sulle prestazioni energetiche nell'edilizia, il Regolamento n. 2019/943/UE sul mercato interno dell'energia elettrica, la Direttiva n. 2019/944/UE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, il Regolamento n. 2019/941/UE sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e il Regolamento n. 2019/942/UE sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà, pertanto, su alcune delle più importanti novità introdotte da detti provvedimenti.

¹³ Al fine di prevedere misure destinate a trovare applicazione per il periodo successivo al Protocollo di Kyoto del 1997, con il Pacchetto in parola è stato fissato, a livello europeo, il triplice obiettivo (da conseguire entro il 2020) di ridurre le emissioni di gas serra del 20 %, alzare al 20 % la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e portare al 20 % il risparmio energetico.

¹⁴ Considerando 1, della Direttiva 2012/27/UE.

¹⁵ Considerando 7, della Direttiva 2012/27/UE.

3.1. *La Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II): le Renewable Energy Communities*

La promozione delle energie rinnovabili, all'interno del Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei», è disciplinata dalla Direttiva 2018/2001/UE. Detta direttiva, nel considerare che «i regimi di sostegno all'energia elettrica da fonti rinnovabili si sono dimostrati efficaci nel favorirne la diffusione»¹⁶, ha fissato nuovi obiettivi vincolanti per il 2030: il 32 % di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Esaminare l'intero contenuto della direttiva non è evidentemente possibile in questa sede. Per questo ci si soffermerà su quello che appare uno dei profili più interessanti e innovativi¹⁷, rappresentato dalla introduzione delle c.d. Comunità di energie rinnovabili (*Renewable Energy Communities*, REC)¹⁸. L'articolo 22 della Direttiva, dopo aver sancito il diritto per i clienti finali dei singoli Stati membri di partecipare all'interno di comunità energetiche, ha imposto ai singoli Stati di assicurare la produzione, il consumo, la conservazione e la vendita di energia rinnovabile, stabilendo, altresì, che sia fornito un quadro di sostegno, così come delineato nella norma medesima, che consenta l'abolizione di ogni ostacolo (formale e sostanziale) per lo sviluppo di siffatte realtà.

¹⁶ Considerando 16, della Direttiva 2018/2001/UE.

¹⁷ Trattasi di organizzazioni (per lo più costituite nella forma delle società cooperative) aventi la finalità di realizzare impianti per la produzione di energia elettrica da destinare, seppure non in via esclusiva, alla fornitura dei soci. Non pare inutile precisare, però, che quello delle Comunità energetiche non è un fenomeno del tutto sconosciuto in Italia. Tant'è che un primo embrionale esempio di Comunità energetica era possibile riscontrarlo nell'art. 4, della L. n. 1643/62, nella parte in cui prevedeva che «saranno stabilite le modalità per consentire, previa autorizzazione del Comitato di Ministri, a soggetti diversi dall'Ente l'esercizio di attività di cui all'articolo 1 limitatamente ai fabbisogni previsti nei piani produttivi delle singole imprese».

¹⁸ In Italia dal 2007 ad oggi sono state costituite circa 17 Comunità energetiche. Per utili approfondimenti, si rinvia allo studio di C. Candelise, G. Ruggieri, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, 2020, 1888 ss. Una efficace e puntuale descrizione delle Comunità energetiche è inoltre offerta da M. Pezzaglia, *Lezioni sull'autoconsumo (parte 3): le comunità energetiche*, in www.qualenergia.it, 2019, ove si legge che «dal punto di vista dello sviluppo del concetto di comunità energetica, sulla base delle esperienze finora maturate in ambito europeo possono essere sintetizzate due modalità principali di organizzazione di una comunità energetica: la prima che prevede l'uso dell'energia prodotta mediante iniziative collettive di produzione dove i soggetti partecipanti alla comunità partecipano all'investimento a sostegno delle iniziative di produzione della comunità e ne hanno in cambio il fatto che il loro consumo, o parte di esso, risulta commercialmente soddisfatto dalla produzione (rinnovabile) degli impianti della comunità; la seconda dove è previsto un uso dell'energia prodotta da singoli mediante accordi di compravendita organizzati tra singoli o su piattaforme che consentono un trading di energia a livello locale. In ogni caso, ma specialmente per la prima delle due forme sopra richiamate, all'approvvigionamento energetico possono essere anche associati ulteriori servizi connessi ad un uso consapevole e sostenibile dell'energia (per esempio, servizi di riqualificazione energetica degli edifici e degli impianti, servizi di modalità sostenibile) anche se il concetto moderno alla base delle comunità energetiche punta più al secondo modello. Infatti, nella creazione di una comunità energetica, l'elemento caratterizzante, oltre ovviamente al rispetto della definizione e delle condizioni proprie di una comunità energetica (cioè il non fine di lucro, il beneficio sociale, ecc.), è proprio la modalità di commercio dell'energia che tende verso un modello di scambio peer-to-peer dove ciascun soggetto è libero di contrattualizzare uno scambio di energia con un suo pari e liberamente con più di un soggetto e viceversa. Modalità di contrattazione che, nelle sue forme più evolute, mirerebbe a servirsi, come strumento principale, quello delle *block-chain*».

È pertanto inevitabile che, dinanzi a tale previsione, se si può dire, a maglie larghe, si aprano numerosi e distinti scenari e si configuri, in qualche modo, un futuro del sistema energetico dove le conseguenze dell'apertura del legislatore europeo ad altre forme di utilizzo e produzione del bene-energia, in qualche modo alternative a quella tradizionale, rappresentino, da un lato, un valore aggiunto e, dall'altro, lato, invero, una criticità. Si tratta, pertanto, di comprendere in quali termini lo stesso legislatore europeo si sia preoccupato di individuare i confini della REC, anche perché è proprio innanzi a tali confini che il legislatore italiano, dall'altra parte, deve, in qualche modo, prendere le misure ed adattare quel modello, seppur dai contorni indefiniti, alle forme dettate a livello sovranazionale.

Dinnanzi a tali presupposti, il problema maggiore è, dunque, non tanto comprendere come e in quali termini queste comunità si possano costituire, quanto come, una volta costituite, le stesse comunità si relazionino all'attuale sistema di regolazione dell'intero settore. E non si parla soltanto della veste giuridica che dovranno (potranno) assumere, bensì, più problematicamente, di come debba essere gestito il complesso meccanismo legato al pagamento degli oneri generali di sistema e delle tariffe di rete.

I profili problematici che ne derivano sono diversi e riguardano, in particolar modo: la forma giuridica, ovvero il "vestito" che deve essere indossato dalle REC per soddisfare i requisiti richiesti sia dal legislatore europeo sia da quello nazionale; il regime fiscale che siffatte realtà devono in caso osservare; se sussistano potenziali barriere alla estromissione dei membri delle REC. In questo caso specifico, appare evidente come il legislatore europeo abbia in qualche modo lasciato ai singoli Stati membri dell'Unione la facoltà/diritto di auto-organizzazione, trattandosi (ancora) di un fenomeno (quello della energia autoprodotta), che non può considerarsi, *ratione materiae* e *ratione loci*, soggetto a regolazione sovranazionale.

3.2. *Le direttive 2018/2002/UE e 2018/844/UE: efficienza energetica e prestazioni energetiche nell'edilizia*

Il Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei» non poteva non intervenire in materia di efficienza energetica, la quale «dovrebbe essere riconosciuta quale un elemento essenziale e una considerazione prioritaria nelle decisioni di investimento future per quanto riguarda l'infrastruttura energetica dell'Unione»¹⁹. La Direttiva 2018/2002/UE, nel modificare la Direttiva 2012/27/UE, ha fissato

¹⁹ Considerando 3, della Direttiva 2018/2002/UE.

nuovi e più ambiziosi obiettivi per gli Stati membri: il 32,5 % di risparmio energetico per il 2030²⁰.

Tra le più significative novità introdotte dalla direttiva vi sono le diverse previsioni volte a rafforzare i diritti dei consumatori energetici attraverso il miglioramento degli strumenti di misurazione intelligente dei consumi finali (c.d. *smart metering*). Ciò si pone in perfetta linea di corrispondenza con il dato che «la riduzione della spesa per consumi di energia dovrebbe essere raggiunta aiutando i consumatori a ridurre il loro consumo di energia diminuendo il fabbisogno energetico degli edifici e migliorando l'efficienza degli apparecchi, da combinarsi con la disponibilità di modi di trasporto a basso consumo di energia integrati con il trasporto pubblico e la bicicletta»²¹.

L'idea di fondo, rintracciabile anche nella nuova direttiva²², è quella di configurare il consumatore energetico come un consapevole protagonista nel conseguimento degli obiettivi unionali in materia di efficienza energetica. La consapevolezza richiesta al consumatore energetico, però, non richiede solo la reiterazione di comportamenti improntati ad un utilizzo oculato dell'energia (molti dei quali comportamenti sono incentivati)²³, ma anche la possibilità per questi di verificare i risultati effettivamente conseguiti; una sorta di *feedback* attendibile che possa fungere anche da stimolo nel continuare a prodigarsi per un efficiente utilizzo delle risorse energetiche.

Per questo la nuova direttiva mira ad innalzare i livelli di precisione e di trasparenza degli strumenti di fatturazione e informazione dei consumi energetici, richiedendo agli Stati membri di provvedere affinché i clienti finali possano disporre, a prezzi concorrenziali, di contatori capaci di riflettere il consumo effettivo e, comunque, di informazioni affidabili e precise di fatturazione e consumo, cui accedere gratuitamente.

In tema di efficienza energetica si inserisce anche la Direttiva n. 2018/844/UE la quale, nell'intento di «arrivare a disporre di un parco immobiliare decarbonizzato e ad alta efficienza energetica e garantire che le strategie di ristrutturazione a lungo termine diano luogo ai progressi necessari per la trasformazione degli edifici esistenti in edifici a energia quasi zero»²⁴, ha previsto per gli Stati membri l'adozione di una serie di regole e di obblighi (fornire orientamenti, promuovere

²⁰ Art. 1, par. 2, della Direttiva 2018/2002/UE.

²¹ Considerando 25, della Direttiva 2018/2002/UE.

²² Sul punto si veda la Comunicazione della Commissione europea del 15 luglio 2015, COM(2015) 339 final, «Un “new deal” per i consumatori di energia», in *eur-lex.europa.eu*.

²³ La funzione di incentivare gli interventi di efficienza energetici e termica è riconosciuta al GSE. Per una descrizione del quadro normativo e, ancor più, per la consultazione dei dati statistici sull'attuale stato degli incentivi in materia di efficienza energetica si rinvia al Rapporto delle attività 2018 del GSE, in *www.gse.it*.

²⁴ Considerando 9, della Direttiva UE 2018/844/UE.

un accesso paritario al finanziamento, anche per i segmenti del parco immobiliare nazionale caratterizzati dalle prestazioni peggiori, *etc.*) che sono andati a modificare incisivamente la disciplina in materia²⁵.

Non si può non ricordare che, proprio a seguito di quanto già avvenuto con la Direttiva 2010/31/UE, l'Unione ha previsto la possibilità, in sede di ispezione, di valutare il corretto dimensionamento del generatore di calore e di fornire delle indicazioni di risparmio energetico economicamente convenienti. Le ispezioni sugli impianti termici civili, ad esempio, introdotte nel nostro ordinamento, dapprima con la L. n. 10/1991 e, poi, successivamente con il D.lgs. n. 192/2005 e con il D.P.R. n. 74/2013 non sono state soggette ad una valutazione positiva da parte dell'UE, che dovendo considerare a posteriori gli effetti di normative pregresse, ha espressamente riconosciuto che «le disposizioni concernenti le ispezioni degli impianti di riscaldamento e di condizionamento d'aria sono risultate inefficienti, in quanto non sono sufficienti a garantire le prestazioni iniziali e continue di tali sistemi tecnici. Perfino soluzioni tecniche per l'efficienza energetica a basso costo, ammortizzabili in tempi molto brevi, quali il bilanciamento idraulico dell'impianto di riscaldamento e l'installazione o la sostituzione delle valvole termostatiche, oggi non sono sufficientemente prese in considerazione»²⁶.

²⁵ La Direttiva 2018/44/UE è stata recepita con il D.lgs. n. 48/2020. Non è questa la sede per esaminare, *funditus*, il contenuto del suddetto provvedimento legislativo. Ma vale comunque la pena segnalare alcune delle novità più significative introdotte dallo stesso. Così, ad esempio, l'articolo 5 ha previsto l'adozione di un decreto interministeriale con il quale sarà sviluppata una strategia a lungo termine – da recepire nel PNIEC – per la ristrutturazione immobiliare di edifici pubblici e privati, al fine di ottenere entro il 2050 un patrimonio immobiliare nazionale *carbon neutral* e ad elevata efficienza energetica. Inoltre, nell'aggiornare i criteri generali per la definizione della metodologia di calcolo e dei requisiti di prestazione energetica degli edifici, l'articolo 6 ha previsto che, prima dell'inizio dei lavori per la realizzazione di nuovi edifici o prima dell'inizio dei lavori per la ristrutturazione importante degli edifici esistenti, occorra tenere in considerazione la fattibilità tecnica, ambientale ed economica dei sistemi alternativi ad alta efficienza. Ove tecnicamente ed economicamente fattibile, i nuovi edifici e gli edifici esistenti nei quali sia stato sostituito il generatore di calore dovranno essere dotati di dispositivi autoregolanti che controllino separatamente la temperatura in ogni vano o, ove giustificabile, in una determinata zona riscaldata o raffrescata dell'unità immobiliare. Per la ristrutturazione degli edifici è richiesto, inoltre, che i requisiti rispettino i parametri del benessere termo-igrometrico degli ambienti interni, della sicurezza in caso di incendi e dei rischi connessi all'attività sismica. Ancora, gli edifici non residenziali, dotati di impianti termici con potenza nominale superiore a 290 kW, dovranno essere dotati, entro il 2025, di sistemi di automazione e controllo. L'articolo 7 contempla degli sgravi fiscali a medio o lungo termine per gli interventi di efficienza energetica sugli immobili. L'articolo 8 ha previsto, invece, l'istituzione di un Portale Nazionale sulla prestazione energetica degli edifici con lo scopo di fornire ai cittadini, alle imprese e alla pubblica amministrazione informazioni sulla prestazione energetica degli edifici, sulle migliori pratiche per le riqualificazioni energetiche in termini di costi, sugli strumenti di promozione esistenti per migliorare la prestazione energetica degli edifici, ivi compresa la sostituzione delle caldaie a combustibile fossile con alternative più sostenibili, e sugli attestati di prestazione energetica. Nondimeno, ai sensi dell'articolo 9, nei contratti di compravendita immobiliare, negli atti di trasferimento di immobili a titolo oneroso e nei nuovi contratti di locazione di edifici o di singole unità immobiliari soggetti a registrazione, dovrà essere inserita, pena l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, una clausola con la quale l'acquirente o il conduttore dichiarano di aver ricevuto le informazioni e la documentazione ordine alla attestazione della prestazione energetica degli edifici (c.d. APE).

²⁶ Considerato 35, della Direttiva 2018/844/UE.

Le disposizioni in materia di ispezioni dovrebbero essere modificate per assicurare migliori risultati. Le modifiche richieste dovrebbero porre l'accento sulle ispezioni degli impianti di riscaldamento centralizzato e degli impianti di condizionamento d'aria, anche laddove tali impianti siano combinati con impianti di ventilazione. Dette modifiche dovrebbero escludere i piccoli impianti di riscaldamento, quali i radiatori elettrici e le stufe a legna, quando non raggiungono le soglie di ispezione ai sensi della Direttiva 2010/31/UE, come modificata dalla presente direttiva»²⁷.

Il tema delle ispezioni, intese come procedimento amministrativo di controllo, è molto rilevante in questa direttiva, se si considera che il legislatore europeo, addirittura modificando le sue precedenti indicazioni in materia (rispettivamente con la Direttiva 2010/31/UE e la 2012/27/UE), ha stabilito come queste debbano essere eseguite sia sugli impianti di riscaldamento sia sugli impianti di condizionamento dell'aria²⁸, in riforma delle precedenti statuizioni; ha stabilito, altresì, che i sistemi di automazione e controllo degli edifici siano in grado di operare una serie di "meccanismi intelligenti" atti a misurare e monitorare l'andamento dell'efficienza energetica degli edifici. È evidente come il legislatore europeo abbia deciso di entrare profondamente nel tessuto normativo, già stratificato nel caso italiano, sino ad inciderlo e a creare nuove regole che involgono direttamente le attività di interesse²⁹. Del resto, in epoca assai recente, si è assistito allo sviluppo di misure sull'efficienza energetica nel patrimonio edilizio, il c.d. *ecobonus*, prorogato per l'anno 2019, con la L. n. 145/2018.

²⁷ Considerando 35, della Direttiva 2018/844/UE.

²⁸ Artt. 14 e 15, della Direttiva 2018/844/UE.

²⁹ Giova ricordare che alle ispezioni è dedicato l'articolo 10, del D.lgs. n. 48/2020, il quale ha previsto l'aggiornamento delle modalità di esercizio, di conduzione, di controllo, di ispezione e di manutenzione degli impianti termici per la climatizzazione invernale e estiva, nonché per la preparazione dell'acqua calda sanitaria. La disciplina di dettaglio sarà dettata da un D.P.R., su proposta del Ministro dello sviluppo economico, acquisita l'intesa della Conferenza unificata. In particolare, nel modificare l'articolo 4, del D.lgs. n. 192/2005, è stato previsto che la disciplina di dettaglio si uniformi ai seguenti criteri e contenuti: a) necessità di ottimizzare il rapporto tra costi e benefici per la collettività; b) necessità di semplificare l'attività di ispezione degli impianti termici di piccola taglia; c) differenziazione in base alla tipologia di vettore energetico utilizzato per l'alimentazione dell'impianto termico; d) individuazione dei casi in cui, in sede di ispezione, sia obbligatorio consentire l'accesso all'impianto termico per controllarne le caratteristiche e le condizioni di normale funzionamento; e) definizione delle modalità per l'integrazione delle informazioni sul controllo, sulla manutenzione, sull'accertamento e sull'ispezione degli impianti termici degli edifici con quelle presenti nel catasto degli attestati di prestazione energetica.

3.3. *Il Regolamento n. 2019/943/UE e la Direttiva n. 2019/944/UE sulle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica: i poteri delle Autorità di regolazione*

Non può prescindersi dall'analisi, seppure sommaria, della direttiva e del regolamento sui mercati dell'energia elettrica: rispettivamente, la Direttiva 2019/944/UE ed il Regolamento n. 2019/943/UE.

Partendo dalla prima, si nota difatti come non tanto il legislatore abbia inteso stabilire degli obiettivi in tema di regolazione degli obblighi a carico dei protagonisti della filiera elettrica (ad esempio, l'indipendenza del gestore di sistema di trasmissione, la separazione e la trasparenza nella contabilità, la promozione e l'incentivazione dello stoccaggio), ma anche che gli obblighi posti a carico di tutti coloro che contribuiscono a generare questa filiera siano sempre più delineati e fissati nei loro contorni.

Colpisce – a nostro avviso – soprattutto un passaggio della direttiva, laddove il legislatore europeo insiste nel ribadire che «la separazione proprietaria, la quale implica la designazione del proprietario della rete come gestore del sistema e la sua indipendenza da qualsiasi interesse nelle imprese di fornitura e di produzione, rappresenta chiaramente un modo efficace e stabile per risolvere il suddetto intrinseco conflitto d'interessi e per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti»³⁰.

Non vi è dubbio, infatti, che questi principi, oramai da considerare acquisiti da tempo nell'attuale disciplina che regola tutto il mercato dell'energia, debbano ora nuovamente modellarsi e trovare un rinnovato campo di applicazione nel settore delle fonti rinnovabili e della loro gestione, come è attestato nella stessa Direttiva 2019/944/UE, dove si rimarca «la necessità di organizzare i mercati dell'energia elettrica in modo più flessibile e di integrare pienamente tutti gli attori del mercato, tra cui i produttori di energia da fonti rinnovabili, i nuovi fornitori di servizi energetici, i fornitori di stoccaggio dell'energia e la domanda flessibile».

Tanto a dire che non sia possibile (né lo potrebbe essere), in questa logica fluida del divenire del nostro diritto, fermare gli obblighi (*rectius*, gli obiettivi) al raggiungimento di un determinato stato del mercato dell'energia. Piuttosto appare necessario, adesso, convogliare i principi precedentemente dettati in tema di separazione dei poteri, al fine di evitare logiche distorsive della concorrenza, verso il mercato delle fonti rinnovabili, incentivandone la regolazione in questa direzione.

Siffatta conclusione è talmente evidente che lo stesso legislatore europeo ha richiamato tutti gli Stati membri a rafforzare il ruolo dei Regolatori nazionali, ivi prevedendo che «le autorità di regolazione dovrebbero essere dotate dei poteri necessari per assumere decisioni vincolanti per le imprese elettriche e per impor-

³⁰ Considerando 68, della Direttiva 2019/944/UE.

re sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle imprese elettriche che non rispettano i loro obblighi o propongono che un tribunale competente imponga tali sanzioni. A tal fine le autorità di regolazione dovrebbero poter richiedere informazioni pertinenti alle imprese elettriche, effettuare opportune e sufficienti indagini e dirimere controversie. Alle autorità di regolazione dovrebbe inoltre essere conferito il potere necessario per adottare, indipendentemente dall'applicazione delle norme in materia di concorrenza, le misure idonee a garantire vantaggi per il consumatore promuovendo la concorrenza effettiva necessaria per il buon funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica»³¹.

Nel nostro sistema, il potere sanzionatorio dell'ARERA, ad esempio, è piuttosto esteso e tocca diversi settori (si veda, da ultimo, la deliberazione 250/2019/s/com, in tema di violazioni di condizioni contrattuali di fornitura di energia elettrica e gas) o la deliberazione 24/2019/s/com, in tema di violazione di obblighi informativi in materia di anagrafiche dell'autorità e di reclami presentati allo sportello per il consumatore energia e ambiente); ma, a ben vedere, pur avendo conosciuto una sua peculiare evoluzione nel tempo, ancora appare passibile di lacune, se, ad esempio, si pensa al potere sanzionatorio di ARERA in rapporto alle funzioni del GSE.

Ad esempio, l'art. 11, comma 1, secondo periodo, del D.M. 31 gennaio 2014 contiene un generico richiamo a delle non meglio specificate violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegue l'indebito accesso agli incentivi, diversi dalle violazioni rilevanti di cui all'Allegato 1 del summenzionato decreto ministeriale. La disposizione stabilisce, nello specifico, che «al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegue l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate».

Vero è che anche, a tutt'oggi, se la norma successiva, ovvero l'articolo 12 del medesimo Decreto, stabilisce l'onere di informare l'ARERA, nel caso in cui le violazioni, rilevabili ai fini dell'irrogazione delle sanzioni da parte di quest'ultima, siano accertate, di fatto come debba esplicarsi questo potere sanzionatorio in questo specifico procedimento, non è ancora oggetto di puntuale normazione da parte del legislatore italiano.

Né nel Regolamento europeo, in relazione alle strategie operative da attuare strettamente nei mercati degli Stati membri, sembrerebbe riscontrarsi un diverso avviso, perché comunque, di fatto, restano indicazioni assai poco incisive su come si debbano estrinsecare questi poteri di controllo (e di connessa sanzione). Per siffatta ragione, trattandosi di soggetti che, per numerose fattispecie del loro

³¹ Considerando 84, della Direttiva 2019/944/UE.

agire, sono da considerare “vincolati” (ARERA e GSE), si auspica che, a breve, rientrino in un intervento normativo, di rango primario, che possa loro conferire un potere decisionale/sanzionatorio maggiormente circoscritto e tipizzato nei suoi elementi integrativi.

3.4. *Il Regolamento n. 2019/941/UE: il sistema di cooperazione multilivello nella gestione delle crisi di energia elettrica*

In un così ampio Pacchetto di riforme del settore energetico non poteva mancare la previsione di una disciplina organica concernente le azioni da porre in essere per prevenire e, nel caso, fronteggiare situazioni di crisi dell'energia elettrica, per tale dovendosi intendere «una situazione esistente o imminente di significativa carenza di energia elettrica quale definita dagli Stati membri e descritta nei piani di preparazione ai rischi, o di impossibilità di fornire energia elettrica ai clienti»³². Tra le ultime misure adottate, in ordine di tempo, per dare attuazione al *Clean energy package*, v'è il Regolamento 2019/941/UE.

Sino a prima del suddetto regolamento, la disciplina sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica era dettata dalla Direttiva 2005/89/CE, le cui disposizioni «sono state in gran parte superate da atti legislativi successivi, in particolare per quanto riguarda le modalità di organizzazione dei mercati dell'energia elettrica al fine di assicurare la disponibilità di capacità sufficiente, il modo in cui i gestori dei sistemi di trasmissione devono collaborare per garantire la stabilità del sistema e l'esistenza di infrastrutture adeguate»³³.

Muovendo dalla premessa che «anche in mercati e sistemi ben funzionanti e interconnessi non si può escludere il rischio di una crisi dell'energia elettrica (per effetto di calamità naturali quali condizioni climatiche estreme, attacchi dolosi o penurie di combustibile)»³⁴, il Regolamento 2019/941/UE va a stabilire «un quadro comune di norme sulle modalità di prevenzione, preparazione e gestione delle crisi dell'energia elettrica, migliorando la trasparenza nella fase di preparazione e durante una crisi, e garantendo che le misure siano adottate in modo coordinato ed efficace»³⁵.

La filosofia che sovrintende al regolamento in esame è, anche in questo caso, quella di realizzare una sinergica cooperazione tra Istituzioni europee e Stati membri, nonché tra Stati membri; cooperazione che si sostanzia, principalmente, nell'impiego di una metodologia comune – presentata dalla Rete europea dei

³² Art. 2, del Regolamento n. 2019/941/UE.

³³ Considerando 4, del Regolamento n. 2019/941/UE.

³⁴ Considerando 2, del Regolamento n. 2019/941/UE.

³⁵ Considerando 6, del Regolamento n. 2019/941/UE.

gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO) e approvata dall'ACER – per la individuazione degli scenari di crisi a livello regionale e nazionale. Emblematico è l'art. 15, paragrafo 1 che, sotto la rubrica «Cooperazione e assistenza», stabilisce che «gli Stati membri agiscono e cooperano in uno spirito di solidarietà al fine di prevenire e gestire le crisi dell'energia elettrica».

Ma un ulteriore importante elemento di novità introdotto dal Regolamento consiste nella previsione per cui ciascuno Stato membro designi un'autorità nazionale, governativa o di regolazione, come «autorità competente»³⁶. Detta Autorità è deputata a cooperare con i vari soggetti coinvolti (gestori dei sistemi di trasmissione, gestori dei sistemi di distribuzione, le autorità di regolazione, la Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO) e con i centri regionali di coordinamento ed eventualmente con altri soggetti interessati)³⁷ nel prevenire e fronteggiare i possibili scenari di crisi energetica.

Tra le principali funzioni attribuite all'Autorità competente rientrano: *a*) l'individuazione degli scenari nazionali di crisi dell'energia elettrica sulla base degli scenari regionali di crisi individuati dalla Rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione dell'energia elettrica (ENTSO), secondo la metodologia approvata dall'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia³⁸; *b*) l'elaborazione, sulla base degli scenari (regionali e nazionali) di crisi dell'energia elettrica, del c.d. Piano di preparazione ai rischi³⁹. Quanto a quest'ultima funzione, giova segnalare che l'efficacia e la coerenza del Piano di preparazione ai rischi elaborato da ciascuna Autorità competente è sottoposta alla valutazione della Commissione europea, la quale, previa consultazione del Gruppo di coordinamento per l'energia elettrica (ECG), emette un parere non vincolante con il quale si raccomanda il riesame del Piano⁴⁰.

Fino al Capo III, le disposizioni del Regolamento 2019/941/UE si preoccupano di disciplinare la fase di preparazione alle crisi dell'energia elettrica. Ma qual è la procedura da seguire allorché vi sia l'elevato rischio che si stia per verificare una crisi dell'energia elettrica?

In primo luogo, è previsto che l'Autorità competente dello Stato membro nel quale sussista il rischio serio e concreto che si verifichi una crisi dell'energia elettrica è tenuta ad emettere un preallarme, trasmettendo anche le informazioni sulle cause della possibile crisi, sulle misure programmate o adottate per preveni-

³⁶ Artt. 3 e 4, del Regolamento n. 2019/941/UE.

³⁷ Per una analisi di simili forme di cooperazione, nella logica della rete di produzione normativa, v. S. Lucattini, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in *Munus*, 2015, 15 ss.

³⁸ Art. 7, del Regolamento 2019/941/UE.

³⁹ Il contenuto dei Piani, che devono prevedere sia misure per prevenire, preparare e attenuare crisi energetiche nazionali, sia misure di prevenzione, preparazione e attenuazione di crisi regionali o bilaterali, è disciplinato dagli Artt. 11 e 12, del Regolamento 2019/941/UE.

⁴⁰ Art. 13, del Regolamento 2019/941/UE.

re una siffatta crisi dell'energia elettrica e sull'eventuale bisogno di ricevere assistenza da altri Stati membri; nei casi più gravi, l'Autorità competente dichiara lo stato di crisi dell'energia elettrica⁴¹. In secondo luogo, è previsto che l'Autorità competente trasmetta (entro tre mesi dalla fine della crisi dell'energia) al Gruppo di coordinamento per l'energia elettrica (ECG) e alla Commissione europea una relazione di valutazione *ex post* della crisi⁴².

3.5. *Il Regolamento n. 2019/942/UE: l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*

Nel novero dei provvedimenti di cui si compone il Pacchetto «Energia pulita per tutti gli europei» assume indubbio rilievo anche il Regolamento 2019/942/UE sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)⁴³.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio del regolamento in esame. Valga, quindi, soltanto ricordare che la rinnovata attenzione del legislatore europeo per l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (istituita con il Regolamento n. 713/2009/CE) trova la sua ragione giustificativa nella finalità di incrementare e migliorare il coordinamento tra le autorità di regolazione nell'affrontare le questioni transfrontaliere. Ciò in quanto «l'assenza di coordinamento delle azioni nazionali può ostacolare seriamente il funzionamento del mercato, in particolare nelle zone strettamente interconnesse in cui le decisioni nazionali sogliono avere un impatto tangibile sui paesi vicini»⁴⁴. In questa prospettiva, dunque, il nuovo regolamento incide sull'assetto organizzativo e funzionale di questo «organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica»⁴⁵ ampliando, in modo anche piuttosto significativo, i compiti e le funzioni ad esso spettanti.

⁴¹ Art. 15, del Regolamento.

⁴² Art. 17, del Regolamento.

⁴³ V., tra i tanti, L. Ammannati, *L'agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, 675 ss.; G. Napolitano, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, 2012; V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: ACER - l'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra Autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 131 ss.; A. Pototschnig, S. Vaona, *Un'agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia: partecipazione e cooperazione strutturale tra le autorità nazionali di regolamentazione nell'interesse dell'Unione attraverso un organismo indipendente*, in F. Merusi, S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, 153 ss.

⁴⁴ Considerando 4, del Regolamento 2019/942/UE.

⁴⁵ Art. 16, del Regolamento 2019/942/UE.

3.6. *Il Regolamento n. 2018/1999/UE: la nuova governance dell'Unione dell'energia*

È un dato risaputo quello per cui il settore energetico – sotto il profilo dei soggetti deputati ad operare in esso – è contraddistinto da *governance* decisamente complessa e multilivello⁴⁶. Ciò è vero sia quanto alla potestà legislativa, dal momento che l'energia rientra tra le materie concorrenti tra Unione europea e Stati membri, ai sensi degli artt. 4, lett. i) e 194 TFUE⁴⁷, e tra quelle concorrenti tra Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost.⁴⁸, sia quanto alle funzioni amministrative, in quanto vi è una ripartizione di competenze esclusive e concorrenti a più livelli (Stato, Regioni, enti locali), sia ancora dal punto di vista istituzionale, caratterizzato dalla compresenza di funzioni esercitate dal Governo e dal Regolatore indipendente, nonché da altri organismi, quali, oltre al GSE, il Gestore dei mercati energetici (GME), l'Acquirente unico (AU), la Ricerca per il sistema energetico (RSE), i gestori delle reti di (trasmissione Terna e Snam), etc.

Nei settori energetici, la complessità della *governance* è aumentata nel tempo anche per la crescente europeizzazione ed integrazione dei mercati, con un trasferimento di responsabilità e di poteri dal livello nazionale ad istituzioni e ad organizzazioni sovranazionali, quali la Commissione Europea e l'ACER. Non solo rispetto alla definizione dei macro-obiettivi di politica energetica ed ambientale, ma anche con riferimento alla scelta degli strumenti e alla definizione delle regole, il processo decisionale si è, nel tempo, evoluto verso un modello di collaborazione e coordinamento sovranazionale.

In questa direzione muove, in forte discontinuità con il passato, il Regolamento sulla *governance* dell'Unione dell'energia 2018/1999/UE, uno dei pilastri dell'Unione per l'energia, che instaura un meccanismo di coordinamento delle politiche energetiche e ambientali dei singoli Stati membri, volto a garantire il raggiungimento degli obiettivi energia-clima stabiliti a livello europeo per il 2030. Il regolamento in parola, infatti, «stabilisce la necessaria base legislativa per una *governance* inclusiva, efficace sotto il profilo dei costi, trasparente e prevedibile che garantisca il conseguimento degli obiettivi e dei traguardi a lungo termi-

⁴⁶ In argomento, tra gli altri, si v. N. Bassi, E. Bruti Liberati, F. Donati, *La "Governance dell'energia", Rapporto per l'Osservatorio sulla politica energetica*, Roma, 20 novembre 2012; Italiadecide, *Rapporto 2011-2012. Il governo dell'energia per lo sviluppo del Paese*, Bologna, 2012; L. Chieffi, F. Pinto, (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Napoli, 2013.

⁴⁷ R. Miccù, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in R. Miccù (a cura di), *Multilevel regulation and government. Implementation of the «Third Package» and promotion of renewable energy*, Napoli, 2016, 3 ss.

⁴⁸ A. Colavecchio, *La materia "energia" tra "nuovo" e "nuovissimo" Titolo V della Costituzione*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, Bari, 2016, 358 ss.

ne fino al 2030 dell'Unione dell'energia, in linea con l'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici»⁴⁹.

Ad uno sguardo attento non sfugge che la nuova *governance* dell'Unione dell'energia presuppone: a) una stretta «cooperazione regionale»⁵⁰, al punto che «ogni Stato membro dovrebbe avere la possibilità di presentare osservazioni sui piani nazionali integrati per l'energia e il clima degli altri Stati membri prima della loro definizione finale, in modo da evitare incongruenze ed eventuali effetti negativi su altri Stati membri e garantire il conseguimento collettivo degli obiettivi comuni»⁵¹; b) una «cooperazione tra gli Stati membri e Unione»⁵². Lo strumento principale di realizzazione della cooperazione regionale ed europea è stato individuato nei c.d. Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima (PNIEC). Per vero, l'intero meccanismo di *governance* è basato su Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima destinati a coprire periodi di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030⁵³.

Il Regolamento non contiene una «definizione nozionistica» di tali Piani, ma piuttosto una «definizione descrittiva», la quale è principalmente desumibile dal Considerando 25 e dagli articoli 3 e 4 del Regolamento 2018/1999/UE. Da essi si evince che tali Piani – chiamati a prendere come riferimento temporale un periodo di dieci anni (2021-2030) – devono fornire una panoramica del sistema energetico e dell'assetto programmatico correnti nel singolo Stato membro (c.d. *parte ricognitiva*), stabilire gli obiettivi nazionali per ciascuna delle cinque dimensioni dell'Unione dell'energia (c.d. *parte pianificatoria*) e prevedere le misure volte a consentire il raggiungimento di tali obiettivi (c.d. *parte programmatica*).

Il legislatore europeo – oltre che alla struttura e al contenuto⁵⁴ – si è fatto carico di dettare una puntuale disciplina del procedimento che gli Stati membri sono chiamati a rispettare nella predisposizione dei loro Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima. All'esito di una consultazione pubblica, detti Piani devono essere trasmessi alla Commissione in forma provvisoria (c.d. Proposta di Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima)⁵⁵. Soltanto dopo la trasmissione della Proposta – valutata dalla Commissione, che può rivolgere raccomandazioni⁵⁶ – lo Stato membro è tenuto a notificare alla Commissione il proprio Piano Nazio-

⁴⁹ Considerando 1, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵⁰ L'art. 12, del Regolamento 2018/1999/UE è specificamente dedicato alla Cooperazione regionale.

⁵¹ Considerando 31, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵² Art. 41, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵³ Art. 1, par. 2, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵⁴ Artt. 3, 4, 5, 6, 7 e, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵⁵ Art. 9, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁵⁶ Art. 9, parr. 2, 31 e 34, del Regolamento 2018/1999/UE.

nale Integrato per l'Energia e il Clima «entro il 31 dicembre 2019, quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni dieci anni»⁵⁷.

Ma i Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima non sono l'unico strumento di cooperazione regionale. Ad essi, infatti, si affianca un ulteriore documento destinato ad operare su una base temporale più ampia: la c.d. Strategia a lungo termine. Anche in questo caso manca una definizione. È comunque previsto che ciascuno Stato membro elabori e comunichi alla Commissione, entro il 1° gennaio 2020 e quindi entro il 1° gennaio 2029 e successivamente ogni 10 anni, la propria strategia a lungo termine in una prospettiva di almeno 30 anni⁵⁸.

Gli strumenti di cooperazione summenzionati si sarebbero potuti tradurre in atti contenenti mere enunciazioni e formule propagandistiche, nient'affatto seguite da azioni capaci di assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione dell'energia al 2030. Ecco che per evitare un simile inconveniente, il Regolamento ha dedicato l'intero Capo IV a dettare la disciplina di un articolato «sistema di interazione», che prevede l'obbligo dei singoli Stati membri di trasmettere, a scadenze prestabilite e avvalendosi di una piattaforma *online*⁵⁹, delle relazioni e delle comunicazioni preordinate ad informare la Commissione in merito allo stato di avanzamento dei loro Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima (ad es., Relazioni intermedie nazionali integrate sull'energia e il clima, Comunicazioni integrate sulla politica e misure relative ai gas a effetto serra e sulle proiezioni, Comunicazioni integrate relative all'energia rinnovabile, Comunicazioni integrate sull'efficienza energetica, Comunicazioni integrate sul mercato interno dell'energia, Relazione annuale, Relazione sugli obiettivi 2020, etc.).

Il predetto «sistema di interazione» non è, ovviamente, fine a sé stesso. Le relazioni e le comunicazioni che gli Stati membri sono tenuti a trasmettere sono strumentali a consentire alla Commissione europea di valutare i progressi di ogni singolo Stato membro nell'attuazione dei rispettivi Piani Nazionali Integrati per l'Energia e il Clima e Strategie di lungo termine, nonché i relativi impatti⁶⁰ e, nel

⁵⁷ Art. 1, Regolamento 2018/1999/UE.

⁵⁸ Le Strategie a lungo termine sono atti contenenti misure inerenti: il totale delle riduzioni delle emissioni di gas a effetto serra e degli aumenti degli assorbimenti tramite pozzi di assorbimento; le riduzioni delle emissioni e l'aumento dell'assorbimento nei singoli settori, fra cui energia elettrica, industria, trasporti, il settore del riscaldamento, raffreddamento e dell'edilizia (residenziale e terziario), agricoltura, rifiuti e destinazione del suolo, cambiamenti di destinazione del suolo e silvicoltura (LULUCF); i progressi attesi nella transizione verso un'economia a basse emissioni di gas a effetto serra, compresa l'intensità dei gas serra, l'intensità di CO₂ del prodotto interno lordo, le relative stime degli investimenti a lungo termine, e le associate strategie di ricerca e sviluppo e innovazione; l'effetto socioeconomico previsto delle misure di decarbonizzazione inclusi, tra l'altro, gli aspetti relativi allo sviluppo macroeconomico e sociale, ai rischi e benefici sanitari e alla tutela ambientale; i collegamenti con altri programmi e obiettivi nazionali a lungo termine e con altre politiche, misure e investimenti.

⁵⁹ Art. 28, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁶⁰ Art. 41, del Regolamento 2018/1999/UE.

caso di incoerenze⁶¹ o insufficienze⁶² con gli obiettivi unionali, formulare raccomandazioni agli Stati membri.

Tra le previsioni di rilievo – specie se guardate dall'angolo visuale in cui questo lavoro si pone – v'è l'obbligo di ciascuno Stato membro di mantenere inalterata la quota di energie rinnovabili fissata per il 2020⁶³, con la conseguenza che, qualora una simile quota dovesse subire variazioni negative, lo Stato membro è tenuto ad adottare misure supplementari⁶⁴ per colmare il divario rispetto agli obiettivi 2020. A tal proposito, è previsto che la Commissione, entro il 1° gennaio 2021, istituisca un Meccanismo unionale di finanziamento per l'energia rinnovabile, il quale nel prevedere bandi di gara per nuovi progetti in materia di energia rinnovabile, consentirà agli Stati membri che non dovessero mantenere invariati gli obiettivi 2020 in tema di energie rinnovabili di colmare il divario⁶⁵.

Da quanto sin qui rilevato, se ne ricava che la nuova configurazione della *governance* dell'Unione dell'energia potrà essere, effettivamente, in grado di consentire agli Stati membri – in cooperazione tra di loro e in cooperazione con la Commissione – di avviarsi verso il tempestivo conseguimento dei nuovi, più sfidanti, obiettivi 2030 nelle cinque dimensioni della politica energetica europea⁶⁶.

4. *Dalla Strategia Energetica Nazionale (SEN 2017) al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia di lungo termine: struttura, contenuto e natura giuridica*

Come si è visto, gli strumenti attraverso i quali si estrinseca la cooperazione tra Stati membri e Istituzioni europee in ambito energetico – sulla base del quadro ordinamentale europeo – sono il Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia a lungo termine.

Trattasi di strumenti contraddistinti da elementi di novità. Sino a prima dell'adozione del Regolamento 2018/1999/UE lo strumento di pianificazione e

⁶¹ Art. 30, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁶² Art. 31, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁶³ Art. 32, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁶⁴ Le misure supplementari sono individuate: a) nelle misure nazionali volte ad aumentare la diffusione dell'energia rinnovabile; b) l'adeguamento della quota di energia da fonti rinnovabili nel settore del riscaldamento e raffreddamento; c) l'adeguamento della quota di energia da fonti rinnovabili nel settore dei trasporti; d) un pagamento finanziario volontario al meccanismo di finanziamento dell'Unione per l'energia rinnovabile istituito a livello unionale per contribuire a progetti in materia di energia da fonti rinnovabili gestiti direttamente o indirettamente dalla Commissione; e) l'utilizzo dei meccanismi di cooperazione previsti dalla Direttiva 2018/2001/UE.

⁶⁵ Art. 33, del Regolamento 2018/1999/UE.

⁶⁶ Per una puntuale descrizione anche delle più recenti evoluzioni del diritto europeo dell'energia si v., R. Miccù, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2019.

programmazione delle azioni e delle misure che lo Stato italiano si impegnava ad adottare per il raggiungimento degli obiettivi unionali in ambito energetico era costituito dalla Strategia energetica nazionale (SEN)⁶⁷.

Il primo fondamento normativo di tale strumento era rinvenibile nell'art. 7 del D.lg. n. 112/2008, convertito nella L. n. 133/2008. Successivamente, la SEN era stata disciplinata dall'art. 5, comma 8, del D.lg. n. 34/2011, convertito nella L. 26 maggio 2011, n. 75. A seguito del *referendum* del 2011, il citato art. 5 è stato abrogato, così da far venire meno il fondamento giuridico della SEN. Malgrado ciò, sono state adottate due SEN: la prima, con Decreto interministeriale dell'8 marzo 2013 e la seconda con Decreto interministeriale del 10 novembre 2017.

Traducendosi in un atto prevalentemente ricognitivo degli obiettivi unionali, la SEN non ha posto particolari problemi quanto alla compatibilità dei suoi contenuti con l'ordinamento europeo; così come non dovrebbero porsi neppure con riguardo al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e alla Strategia di lungo termine, che dovranno essere adottati dall'Italia, assorbendo, di fatto, la SEN.

Per quel che concerne l'Italia, l'8 gennaio 2019 è stata inviata alla Commissione europea la proposta del Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC). Si trattava di un articolato documento di 237 pagine, suddiviso in due Parti (Parte 1 – «Quadro generale» e Parte 2 – «Elenco dei parametri e delle variabili da riportare della sezione B dei piani nazionali»), le quali si componevano, poi, di una Sezione A – «Piano Nazionale» e di una Sezione B – «Base analitica». A loro volta: la Sezione A si componeva di 3 macro-paragrafi e di 27 sotto-paragrafi, nei quali erano descritti la situazione politica attuale nel settore energetico italiano, gli obiettivi che l'Italia si impegna a conseguire entro il 2030 e le misure da adottare per il conseguimento degli stessi; la Sezione B si componeva, invece, di due macro-paragrafi e di 15 sotto-paragrafi, in cui si dava atto delle attuali dimensioni del settore energetico nazionale, del livello di emissioni di gas ad effetto serra, nonché dell'impatto che le misure previste potranno essere in grado di produrre.

La versione definitiva del Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), che «non è solo una manovra di politica energetica ma un cambio di paradigma», è stata notificata, il 20 gennaio 2020, alla Commissione europea. La struttura del documento è rimasta sostanzialmente invariata rispetto a quella impressa alla proposta. Anche se il PNIEC che, ora consta di 294 pagine, è stato integrato con le

⁶⁷ In argomento, si vv. i contributi raccolti da L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La Strategia Energetica Nazionale. Governance e strumenti di attuazione*, Bologna, 2020.

misure previste dal c.d. decreto sul clima⁶⁸ e dalla Legge di Bilancio 2020⁶⁹. Gli obiettivi indicati del PNIEC, cui sarà data concreta attuazione con il recepimento delle direttive europee del *Clean energy package*, consistono: a) nella produzione di una percentuale di energia da FER nei Consumi Finali Lordi di energia pari al 30%, in linea con gli obiettivi previsti per il nostro Paese dalla UE; b) nella produzione di una quota di energia da FER nei Consumi Finali Lordi di energia nei trasporti del 21,6%, a fronte del 14% previsto dalla UE; c) nella riduzione dei consumi di energia primaria rispetto allo scenario PRIMES 2007 del 43%, a fronte di un obiettivo UE del 32,5%; d) nella riduzione dei gas serra, rispetto al 2005, per tutti i settori non ETS del 33, a fronte di obiettivo UE del 30%.

Ora, si è detto che la SEN non ha posto problemi quanto ai contenuti. Di contro, si è questionato attorno alla sua natura giuridica, giungendosi ad affermare – condivisibilmente – che la stessa fosse suscettibile di essere ascritta nella categoria degli «atti politici»⁷⁰. Stante l'assorbimento della SEN nel PNIEC e nella Strategia a lungo termine⁷¹, la domanda che occorre porsi è la seguente: la qualificazione di «atto politico» può estendersi *de plano* anche al Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e alla Strategia a lungo termine? La risposta è tutt'altro che agevole. Tuttavia sembra possibile rintracciare diversi elementi che depongono per una natura diversa rispetto a quella di «atto politico»⁷².

⁶⁸ Si fa riferimento al D.lg. n. 111/2019, convertito con la L. n. 141/2019, con il quale sono state previste, tra le altre, le seguenti misure: a) *bonus* economico per la rottamazione di veicoli inquinanti di proprietà dei cittadini che risiedono nei Comuni che superano i limiti di emissioni indicati dalla normativa europea; b) finanziamenti per progetti di creazione, prolungamento, ammodernamento e messa a norma di corsie preferenziali di trasporto pubblico locale; c) finanziamenti per la realizzazione o l'implementazione del trasporto scolastico con mezzi ibridi o elettrici; d) finanziamenti per la riforestazione delle città, per la bonifica delle discariche abusive e per la depurazione delle acque; e) finanziamenti per i commercianti che attrezzino *green corner* alla vendita di prodotti sfusi o alla spina, alimentari e detersivi, progressiva eliminazione dei sussidi e delle agevolazioni alle attività fossili, etc.

⁶⁹ Si fa riferimento alla L. n. 160/2019, la quale ha previsto le seguenti misure: a) detraibilità dall'Irpef del 90% delle spese relative agli interventi per il recupero o il restauro della facciata esterna degli edifici esistenti ubicati in zona A o B; b) istituzione del Centro di studio e ricerca internazionale sui cambiamenti climatici; c) Fondo a favore dei Comuni, per il rilancio degli investimenti per lo sviluppo sostenibile e infrastrutturale del Paese; d) Fondo per la concessione di una o più garanzie a sostegno di programmi specifici di investimento e operazioni, anche in partenariato pubblico-privato, finalizzati a realizzare progetti economicamente sostenibili; e) emissione di titoli di Stato per finanziare interventi delle amministrazioni centrali dello Stato orientati al contrasto ai cambiamenti climatici, alla riconversione energetica, all'economia circolare, alla protezione dell'ambiente e alla coesione sociale, etc.

⁷⁰ Sull'argomento, v. G. Vercillo, *Procedimento di formazione e natura giuridica della SEN*, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di Diritto dell'energia 2019. La Strategia Energetica Nazionale. Governance e strumenti di attuazione*, cit., 97 ss.

⁷¹ Al Considerando 25, del Regolamento 2018/1999/UE, si legge che gli Stati membri possono basarsi sulle strategie o sui piani nazionali esistenti.

⁷² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che l'atto politico è quello adottato da un organo costituzionale (elemento soggettivo) e connotato dalla libertà di fine e dall'assenza di parametri giuridici alla stregua dei quali poterne verificare la legittimità.

Cominciando dagli elementi negativi, che sembrano escluderne la natura di «atto politico». In primo luogo, la circostanza che il Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e la Strategia di lungo termine, diversamente dalla SEN, trovano la loro legittimazione giuridica in un'ampia cornice legislativa (per di più di rango sovranazionale) che ne prevede l'obbligo di adozione. In secondo luogo, la esplicita previsione, diversamente dalla SEN, di una articolata e puntuale procedura per la loro adozione. In terzo luogo, la non rintracciabilità di quella libertà di fini che è propria degli atti politici: gli Stati membri sono infatti vincolati a perseguire gli obiettivi fissati dalla normativa europea, sebbene godano di un certo margine discrezionalità quanto alla scelta delle misure da adottare.

Da qui, dunque, la possibile sussumibilità del Piano Nazionale Integrato Clima e Energia (PNIEC) e della Strategia di lungo termine in una categoria diversa dagli atti politici. Ma quale? Deve escludersene la natura regolamentare. Difatti, il PNIEC e la Strategia a lungo termine non possono ascrivere nella categoria dei regolamenti adottati *ex art.* 17, comma 1, lett. a) della L. n. 400/1988 per dare esecuzione a regolamenti comunitari. Una simile qualificazione richiederebbe, infatti, il rispetto di specifici requisiti di forma (decreto del Presidente della Repubblica) e di una puntuale procedura (deliberazione del Consiglio dei ministri e parere del Consiglio di Stato).

Per converso, la Proposta di PNIEC è stata comunicata alla Commissione europea dal Ministero dello sviluppo economico, così che si sarebbe potuto supporre che la versione definitiva di esso potesse essere adottata con decreto ministeriale (o interministeriale). Da qui, la tentazione a riconoscere a tali atti una natura regolamentare ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. n. 400/1988: *id est*, regolamenti interministeriali adottati dal Ministero dello sviluppo economico e dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nell'esercizio di funzioni statali loro attribuite⁷³.

Ad oggi, il PNIEC non è stato adottato con decreto ministeriale (o interministeriale); la versione definitiva di esso è stata solo pubblicata – potremmo dire con forma nuda – sul sito istituzionale del MiSE. Il che sarebbe già indicativo nel carattere non regolamentare di esso. Tuttavia, quand'anche dovesse essere adottato, per ipotesi, un decreto ministeriale (o interministeriale) nel quale venga fatto convogliare il contenuto del PNIEC, la qualificazione di esso nei termini di atto regolamentare sarebbe, comunque, poco convincente. Ciò per (almeno) due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché anche i regolamenti adottati nella forma di decreti ministeriali e interministeriali (oltre al visto e alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) presuppongono la previa comunicazione al Consiglio dei Ministri e il parere del Consiglio di Stato; requisiti che – fino ad oggi – non sembrerebbero essere

⁷³ L'adozione dei decreti interministeriali sarebbe giustificata, per il MiSE, dall'art. 28 del D.lgs. n. 300/1999 e per il MIBCAT dall'art. 35, comma 2, del medesimo D.lgs. n. 300.

stati integrati. In secondo luogo, perché le previsioni contenute nel PNIEC, così come quelle che saranno inserite nella Strategia a lungo termine, si traducono in linee generali d'azione che, per essere prive di autosufficienza, non sono in grado di innovare, in modo immediato, l'ordinamento giuridico, come invece richiesto ai decreti ministeriali o interministeriali aventi natura regolamentare.

Si può quindi ritenere che il PNIEC e la Strategia a lungo termine possano essere qualificati come «atti di alta amministrazione»⁷⁴, assolvendo a quella «funzione di raccordo tra il momento politico e quello amministrativo»⁷⁵.

Di tali atti, invero, sembrano presentarne (a differenza della SEN) i tratti indefettibili: *a)* sono destinati ad atteggiarsi a primo momento attuativo, anche se per linee generali, dell'indirizzo politico in materia energetici; *b)* sono inoltre espressione di un potestà che, seppur discrezionale nella individuazione delle misure, è vincolata nei fini da perseguire (pianificare e prevedere le misure che dovranno essere adottate per il conseguimento degli obiettivi unionali nel settore energetico); *c)* sono soggetti al principio di legalità, dovendo essere adottati ed aggiornati entro determinati termini, recare un certo contenuto e rispettare regole procedurali; *d)* sono adottati alla luce di «riferimenti giuridici» (i regolamenti e le direttive di cui si compone *Clean energy package*) che, oltre a costituire l'antecedente logico-giuridico della loro genesi, assurgono anche a parametri rispetto ai quali valutare l'idoneità del loro contenuto ad assicurare il raggiungimento degli obiettivi vincolanti previsti dalla normativa euro-unitaria.

5. *Il GSE nel sistema energetico nazionale: natura giuridica del soggetto e carattere delle funzioni (anche in relazione ad un nuovo possibile ruolo nel processo di transizione energetica)*

Si è rilevato, in apertura del presente lavoro, che la storia del GSE è contraddistinta da un continuo ampliamento e da una notevole diversificazione dei compiti assegnati allo stesso, quale conseguenza dell'evoluzione normativa europea e nazionale del settore energetico.

Il *Clean energy package* per tutti gli europei impone quindi di chiarire quale sia il ruolo che il GSE è chiamato a svolgere al fine di favorire il processo di transizione energetica. A questo proposito, può affermarsi che tra i soggetti chiamati ad avere un ruolo determinante nel processo di transizione energetica debba annoverarsi, senza dubbio, il GSE. Il PNIEC ha attribuito allo stesso delle funzioni rile-

⁷⁴ In argomento, v. G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; C. Tubertini, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 516 ss.

⁷⁵ TAR Lazio Roma, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223; Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

vanti. Per vero, nel fare leva sulle avanzate capacità tecniche di analisi, il Governo italiano ha individuato nel GSE il soggetto cui attribuire funzioni di monitoraggio sulla concreta attuazione delle misure del PNIEC, nonché sulla loro efficacia circa il raggiungimento degli obiettivi fissati. Nondimeno, al GSE compete elaborare e individuare le misure occorrenti per implementare l'efficacia del PNIEC. Si è previsto, infatti, che il GSE sia tra i membri dell'Osservatorio PNIEC, quale sede tecnica (composta anche dalle Regioni, dall'ANCI e dall'ISPRA) avente sia la funzione di garantire confronti tecnici evoluti in merito alla possibile implementazione del Piano, sia la funzione di monitorare l'attuazione delle misure PNIEC. In particolare, l'Osservatorio PNIEC dovrà stimolare una cooperazione tra soggetti istituzionali e operatori di mercato con riguardo: a) alla definizione di norme attuative, decreti di recepimento e direttive europee; b) alla riforma semplificatoria delle procedure autorizzative; c) al monitoraggio dello stato di avanzamento degli obiettivi del Piano; d) allo sviluppo di impianti, di reti elettriche e di sistemi di accumulo; e) al coordinamento della promozione delle infrastrutture di ricarica dei veicoli elettrici; f) alla verifica e alla elaborazione di proposte migliorative. Nell'ambito di questa attività, il GSE è peraltro chiamato a realizzare una piattaforma di monitoraggio (nella quale far confluire dati di diversa provenienza) preordinata a fornire informazioni ai cittadini e alla pubblica amministrazione sull'efficacia delle politiche energetico-ambientali, sul livello di raggiungimento dei diversi target, nonché sugli aspetti economici connessi a tali politiche, in termini di investimenti e di impatti occupazionali. Una piattaforma che sarà, inoltre, funzionale alla redazione del report annuale di attuazione del PNIEC, nonché alla predisposizione delle relazioni biennali da trasmettere alla Commissione europea. Nondimeno, sarà il GSE a dover monitorare ed elaborare misure per porre rimedio al povertà energetica. Su tale fronte, il PNIEC ha previsto che il GSE sarà chiamato a coordinare l'attività dell'Osservatorio Istituzionale sulla Povertà Energetica, quale *focal point*.

A ben vedere, quelle attribuite dal PNIEC sono funzioni che vanno ad aggiungersi alle altre rilevanti competenze di cui il GSE è già attributario. Dall'esercizio di tali funzioni dipendono – come intuibile – molti dei meccanismi sui quali si regge il corretto funzionamento del mercato dell'energia elettrica e il conseguimento degli obiettivi del *Clean energy package*. Per questo, uno dei profili sui quali pare utile riflettere, in quanto idoneo ad incidere, migliorandola ulteriormente, sull'efficace ed efficiente esercizio delle funzioni del GSE, è quello della sua natura giuridica. Il GSE deve considerarsi una pubblica amministrazione o piuttosto un ente di diritto privato?

Da quanto poc'anzi detto può ricavarsi un dato: il GSE è un soggetto chiamato a svolgere un ruolo cruciale nel processo di transizione energetica. Per rispondere alla domanda appaiono necessarie alcune preliminari considerazioni volte a

sgomberare il campo da ogni dubbio in ordine alla stretta pertinenza del problema della natura giuridica del GSE con il processo di transizione energetica. Lo si sa: la buona riuscita di una iniziativa (quale che sia) dipende da una buona organizzazione. Logicamente, prima ancora che giuridicamente, le probabilità che un obiettivo sia conseguito aumentano in modo direttamente proporzionale alla capacità del soggetto di dotarsi di una organizzazione adeguata. Tale assunto può dirsi universalmente valido e non conosce eccezioni di sorta: nel settore privato come in quello pubblico, la configurazione da dare all'organizzazione è il primo aspetto sul quale ragionare nell'ottica del più efficace conseguimento dell'obiettivo prefissato.

Malgrado ciò, l'organizzazione è stata per molto tempo trascurata dalla scienza giuspubblicistica. Essa non costituiva autonomo oggetto d'indagine scientifica⁷⁶. Fu solo grazie alle sofisticate teorie sviluppate da Santi Romano che il diritto amministrativo, abbandonando l'impostazione «rapportistica» (le regole della pubblica amministrazione come regole del rapporto tra Stato e consociati), diventa il diritto dell'organizzazione. È stato il Romano, infatti, il primo giurista italiano a rilevare l'errore del diritto pubblico di trascurare l'organizzazione, finendo col negare rilievo giuridico all'ordinamento in cui una istituzione si concreta. Una delle più assurde conseguenze di tale impostazione – osservava il Romano – è quella di negare carattere giuridico alle relazioni tra lo Stato e i suoi organi⁷⁷. Sicché, sulla scorta di questa teoretica, l'organizzazione inizia ad assumere rilevanza anche per il diritto amministrativo, essendo strumentalmente collegata ad essa l'azione amministrativa e, in ultima battuta, il soddisfacimento dell'interesse generale⁷⁸.

Non è questa la sede per ripercorre le varie speculazioni dottrinali succedutesi nel tempo⁷⁹. Quel che occorre ricordare è che l'iniziale disinteresse per l'organizzazione amministrativa venne presto sostituito da un sovrainteresse, tanto che non è mancato chi è giunto ad affermare che il diritto amministrativo fosse il diritto dell'organizzazione. È questa attenzione che, pian piano, ha portato a quella che è la più recente tappa della parabola dell'organizzazione nel diritto amministrativo: il declino delle tassonomie rigide e il contestuale erompere di figure soggettive con un'organizzazione ibrida (in parte privata e in parte pubblica).

⁷⁶ L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo* Torino, 1892, 157 ss.

⁷⁷ S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in Id., *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1897, 87 ss.

⁷⁸ Qui è d'obbligo il rinvio a M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966. Non meno significativi gli studi di V. Bachelet, *Profili giuridici della organizzazione amministrativa: strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; G. Guarino, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977. Tra i più recenti contributi dedicati all'organizzazione amministrativa si v. G. Bottino, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008; G. Sciullo, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.

⁷⁹ Sul punto, si rinvia alla lucida ricostruzione, dalla quale si sono presi diversi preziosi spunti, di M. Protto, *Il diritto debole. Dal Rapporto all'organizzazione: andate e ritorno*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 93 ss.

La nascita di tali figure è il risultato dei processi di privatizzazione formale o fredda (trasformazione di enti pubblici in soggetti formalmente privati, ma sottoposti al controllo pubblico) e di privatizzazione sostanziale o calda (trasformazione di enti pubblici in soggetti privati sottoposti al controllo di soggetti parimenti privati), nonché dei processi di esternalizzazione⁸⁰, mediante i quali l'esercizio di funzioni pubbliche è affidato a soggetti privati. La linea di discriminazione tra privatizzazioni ed esternalizzazioni – come già osservato in dottrina – consiste nel fatto che la disciplina delle funzioni pubbliche affidate al soggetto privato non è interamente assoggetta all'applicazione del diritto privato, restando in parte soggetta alle regole e ai principi del diritto amministrativo⁸¹. Ne deriva che il fenomeno delle figure soggettive ibride (in parte private e in parte pubbliche) finisce con l'esprimere tutta la sua problematicità, più che negli enti risultanti dai processi di privatizzazione, in quelli costituiti per effetto di processi di esternalizzazione; enti variamente denominati come «società quasi-amministrazioni»⁸², «società legali»⁸³, «società di diritto speciale»⁸⁴ ovvero «società-enti pubblici»⁸⁵. Ma cosa sono queste creature? Sono soggetti privati oppure enti pubblici? Sono mostri senza un'anima ben definita, che assumono fattezze varie a seconda delle circostanze?

L'affermarsi di soggetti privati nel perimetro allargato della pubblica amministrazione – per lo più legato ad esigenze di contenimento della spesa pubblica e all'idea di migliorare l'efficienza e l'efficacia delle pesanti burocrazie pubbliche con l'impiego di modelli aziendalistici – ha fatto in modo che il problema dell'organizzazione amministrativa dei poteri pubblici (intesa come complesso di regole pubblicistiche applicabili ai rapporti interorganici e intersoggettivi tra soggetti pubblici) si trasformasse nel problema dell'organizzazione dei poteri deputati a soddisfare interessi pubblici (intesa come complesso di regole, in parte private e in parte pubbliche, applicabili ai rapporti tra le amministrazioni in senso tradizionale e ai soggetti scaturiti dalle privatizzazioni e dalle esternalizzazioni). Un siffatto problema è stato affrontato – sotto il profilo della teoria generale – da due punti di vista.

Un primo filone di pensiero si è concentrato sull'individuazione della disciplina applicabile a tali soggetti, giungendo a conclusioni opposte. Taluni hanno

⁸⁰ L. Fiorentino, B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Roma, 2007.

⁸¹ E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economia*, Roma-Bari, 2012, 241.

⁸² M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss.

⁸³ C. Ibba, *Le società legali*, Torino, 1992; M.G. Della Scala, *Le società pubbliche legali*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.; Id., *Società legali pubbliche e attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 197 ss.

⁸⁴ F. Santonastaso, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

⁸⁵ G. Gruner, *Enti pubblici a struttura societaria. Contributo allo studio delle società legali in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009; M. Di Lullo, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, 245 ss.

sostenuto che tali soggetti dovessero essere attratti nell'orbita del diritto privato, essendo costituiti nella forma societaria⁸⁶. Altri, all'opposto, hanno ritenuto di assoggettarli al diritto amministrativo, dovendosi accordare prevalenza, non già alla loro forma giuridica, bensì alla natura (pubblica) dei loro compiti e alla natura (pubblica) degli fini perseguiti⁸⁷. Altri ancora, muovendo dall'assunto che ci si trova in presenza di soggetti ibridi, la cui forma societaria è da considerarsi neutra, hanno ammesso la contestuale applicazione a tali soggetti di norme e principi di diritto privato, per certi fini, e di norme e principi di diritto pubblico per altri fini. Dei tre orientamenti, specie sotto la spinta degli arresti giurisprudenziali della Corte di giustizia, è stata accordata preferenza al terzo. In riferimento ai soggetti scaturiti dai processi privatizzazione e di esternalizzazione è stata elaborata, infatti, la nozione di amministrazione pubblica funzionale e cangiante: un soggetto (formalmente privato) può essere soggetto alle norme privatistiche, in alcune materie e per alcune finalità, e alle norme pubblicistiche per altre materie ed altre finalità.

Un secondo filone di pensiero, invece, ha concentrato i propri sforzi esegetici nell'individuare quale fosse la ragione alla base della scelta di ammettere figure soggettive ibridi. Per vero, alcuni dei più autorevoli giuristi italiani – senza accordare eccessivo peso al se dovesse applicarsi il diritto privato o il diritto pubblico – sono giunti ad affermare che alla base della scelta di ammettere l'ingresso, all'interno dell'organizzazione amministrativa, di soggetti ibridi vi fosse l'avvertita esigenza di elaborare una nuova, più efficace, tecnica di tutela degli interessi, dando vita ad un «diritto comune». Un diritto comune, non tanto identificabile con il diritto privato, ma piuttosto in un diritto di tecnica di tutela degli interessi, indifferente alla loro natura pubblica o privata, rimesso alla scelta del legislatore⁸⁸, di guisa che «quando il legislatore decida di tutelare un interesse, mercé una data tecnica, è superfluo domandarsi se quell'interesse sia pubblico o privato»⁸⁹, essendo sufficiente considerare che si tratti di un interesse giuridicamente rilevante.

È sotto quest'angolo prospettico che ci si intende soffermare sulla natura giuridica del GSE. Nell'aderire all'insegnamento di M.S. Giannini, non si intende collocare tale questione nel solco di quelle teoretiche che hanno avuto lo scopo di stabilire se l'interesse alla cui cura fosse deputato un determinato soggetto avesse natura pubblica o privata ovvero se il regime applicabile a quel soggetto fosse il diritto privato ovvero di diritto pubblico. Piuttosto, detta questione la si intende

⁸⁶ Si rinvia alle considerazioni di F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 93 ss.

⁸⁷ M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 161 ss.

⁸⁸ M.S. Giannini, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in Id., *Scritti giuridici*, Milano, 2004, 723 ss.

⁸⁹ N. Irti, *Prefazione* a V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, IX ss.

indagare alla luce di quelle teoretiche che hanno studiato le figure soggettive ibride soprattutto sotto il profilo della loro idoneità, o meno, a costituire delle efficaci tecniche di tutela degli interessi individuati dal legislatore. Detto altrimenti, occorre cercare di riflettere in ordine al se l'attuale organizzazione e l'attuale natura giuridica del GSE costituiscono, o meno, la più efficace tecnica di tutela dell'interesse pubblico a creare un sistema energetico a basse emissioni di gas serra e, di riflesso, un sistema fondato sulla neutralità climatica.

Prima di rispondere a questa domanda occorrerà, però, capire quale sia l'organizzazione e l'attuale natura giuridica del GSE.

Il GSE è uno di quei soggetti ibridi di cui si è sinora detto, essendo il prodotto finale di un processo di esternalizzazione avviato in Italia con il già menzionato D.lg. n. 79/1999. La sua attuale struttura organizzativa è quella di una società per azioni: gli organi di governo sono il Consiglio di Amministrazione, cui spettano compiti di gestione, nonché il Collegio sindacale e (in questo differenziandosi dalle normale S.p.A.) il magistrato delegato della Corte dei Conti, ai quali spettano compiti di controllo e di vigilanza interna. A valle degli organi di governo si collocano, poi, le strutture operative (Dipartimenti, Direzioni e Unità) chiamati a dare attuazione alle decisioni e agli indirizzi dell'organo di amministrazione. Le funzioni del GSE – come si è potuto vedere nei paragrafi precedenti – hanno natura pubblicistica, in questo sostanziosamente la sua ibridazione: è una società per azioni (soggetto privato) deputato all'esercizio di funzioni pubblicistiche nel settore energetico.

Ne deriva che, quanto alla natura giuridica da riconosce allo stesso, le soluzioni sul tappeto sono astrattamente due: soggetto di diritto privato oppure ente pubblico.

La giurisprudenza italiana ha privilegiato la seconda soluzione.

A favore della tesi della natura di pubblica amministrazione depongono diversi elementi. È un dato oramai acquisito che la nozione di «pubblica amministrazione», configurandosi come un fenomeno connesso alle evoluzioni e ai mutamenti cui è esposto il tessuto sociale e culturale della comunità organizzata, è destinata ad essere tutt'altro che statica e immutabile⁹⁰. Muovendo dall'assunto secondo cui la pubblica amministrazione (*sotto un profilo soggettivo*) costituisca l'insieme delle figure organizzative in cui si articolano gli apparati pubblici, mentre (*sotto un profilo oggettivo*) si sostanzia nell'esercizio di funzioni preordinate alla cura concre-

⁹⁰ Si v. le considerazioni lungimiranti di M.S. Giannini, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*. Convegno di studi su «Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature» (Napoli 20-21 ottobre 1973), in *Rass. giur. ENEL*, 1974, 23 ss. e di V. Cerulli Irelli, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in Aa.Vv. (a cura di), *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, 499 ss. Più di recente il tema connesso alle difficoltà di delimitare l'esatto perimetro della pubblica amministrazione è affrontato da B.G. Mattarella, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 61 ss.

ta dell'interesse pubblico⁹¹, si è da tempo autorevolmente affermato che per essa è da intendersi un «complesso di soggetti e di strutture»⁹² deputate a porre in essere «quella serie di azioni ad utilità di tutta la società politica, eseguita per autorità sovrana o delegata sopra le materie appartenenti a tutta la società medesima»⁹³. A ben vedere, già da questa definizione può desumersi la intrinseca attitudine della p.a. a configurarsi come nozione aperta, idonea a ricomprendere, di volta in volta, un numero affatto rigido e predeterminato di entità organizzative.

La vocazione «a geometrie variabili» della pubblica amministrazione ha trovato definitiva conferma per effetto della pervasiva influenza che, in un sistema giuridico multilivello, l'ordinamento euro-unitario sortisce sugli ordinamenti dei singoli Stati membri, nonché per effetto dei processi di privatizzazione che nei primi anni '90 hanno determinato in Italia la trasformazione in società per azioni dei più importanti enti pubblici economici⁹⁴.

Il diritto europeo, invero, nel considerare neutrale e, in certo senso, irrilevante la forma giuridica rivestita da un determinato soggetto, predilige un approccio teleologico volto ad accordare prevalenza all'aspetto funzionale: assume, quindi, carattere dirimente l'esercizio di funzioni amministrative dirette a perseguire interessi pubblici⁹⁵.

Ed è proprio in aderenza a tale impostazione che la giurisprudenza nazionale è giunta ad affermare che «ai fini dell'identificazione della sostanziale natura pubblica di un soggetto, la forma societaria è neutra»⁹⁶. Ne è discesa la convinzione del giudice nazionale che «la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa e immutabile. Al contrario, dovendosi ammettere che l'ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico; si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi privatistici»⁹⁷.

⁹¹ G. Napolitano, *Pubblica amministrazione in Italia*, in *Libro dell'anno*, www.treccani.it, 2009.

⁹² F.G. Scoca, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 459.

⁹³ G.D. Romagnosi, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, Firenze, 1939, 359.

⁹⁴ Sul processo di privatizzazione si rinvia all'ampio e analitico studio condotto in materia da Ricerche e Studi S.p.A. - Ufficio studi Mediobanca, *Le privatizzazioni in Italia dal 1992*, in www.mbres.it, 2000.

⁹⁵ In argomento, per un più ampio approfondimento, tra gli altri, v. D. Sorace, *L'ente pubblico fra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 357 ss.; A. Sciortino, *Qualche osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario*, *ivi*, 1994, 389 ss.; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 915 ss.; J.A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.; M.P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2434, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁷ Cons. St., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il pacifico accoglimento di una nozione dinamica di pubblica amministrazione, unita all'esigenza di stabilire, caso per caso, quando un soggetto possa essere considerato di natura pubblicistica, hanno determinato l'insorgere dell'esigenza (affatto secondaria) di individuare l'approccio attraverso cui comprendere, in maniera coerente con i principi e le categorie dogmatiche che sovrintendono al diritto amministrativo, quand'è che un soggetto possa considerarsi, effettivamente, pubblico.

La soluzione individuata dalla giurisprudenza è stata quella del c.d. esame per *test* degli indici sintomatici della pubblicità. Ai fini della ascrivibilità di un soggetto giuridico nella categoria della pubblica amministrazione occorre abbandonare l'impiego di criteri formali e di rigide classificazioni normative, per ricorrere ad un esame prognostico finalizzato ad accertare la sussistenza degli indici di pubblicità, i quali vengono correntemente individuati nell'istituzione per legge, nell'esercizio di funzioni amministrative e nel connesso perseguimento di interessi pubblici, nell'influenza esercitata sul soggetto da organi dello Stato, etc.

Non è un caso che a questo riguardo, il giudice amministrativo abbia stabilito che «gli indici sintomatici e non necessariamente cumulativi della pubblicità sono rappresentati, in particolare: dall'istituzione per legge e dalla costituzione ad iniziativa pubblica; dal rapporto di strumentalità con lo Stato o ente territoriale, che implica l'esercizio di poteri di indirizzo e controllo; dal finanziamento pubblico; da fine di interesse pubblico che deve essere perseguito; dall'attribuzione di poteri pubblici»⁹⁸. Ebbene, con riferimento al GSE sembrano ricorrere tutti gli indici sintomatici della natura di pubblica amministrazione.

In primo luogo, l'istituzione per legge, dal momento che il GSE – come si è avuto modo di anticipare – è stato istituito *ex lege* per iniziativa del Ministero dello sviluppo economico (già Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato) in base all'art. 3 del D.lgs. n. 79/1999, sia pure con l'originaria denominazione di Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale (GRTN)⁹⁹. Pertanto, dal momento che l'art. 4 della L. n. 70/1975 dispone che nessun nuovo ente pubbli-

⁹⁸ Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁹ L'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 2004, recante «Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale di trasmissione», ha disposto che «entro il 31 ottobre 2005 sono trasferiti a Terna S.p.a., eventualmente anche attraverso conferimento, le attività, le funzioni, i beni, i rapporti giuridici attivi e passivi – ivi inclusa la titolarità delle convenzioni di cui all'art. 3, commi 8, 9 e 10, del decreto legislativo n. 79 del 1999 – facenti capo a GRTN S.p.a. ad eccezione di:

a) beni, rapporti giuridici e personale afferenti alle funzioni di cui all'art. 3, commi 12 e 13, e di cui all'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 79 del 1999, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo n. 387 del 2003;

b) le partecipazioni detenute nelle società Gestore del Mercato Elettrico S.p.a. ed Acquirente Unico S.p.a.;

c) gli eventuali oneri, ed i relativi eventuali stanziamenti di copertura, di natura risarcitoria e sanzionatoria per le attività poste in essere – fino alla data di efficacia del trasferimento di cui al presente comma – dallo stesso GRTN S.p.a. [...]. Il trasferimento di cui al comma 1 avviene a titolo oneroso. [...] Alla data di efficacia del trasferimento di cui al comma 1, Terna S.p.a. assume la titolarità e le funzioni di Gestore di cui all'art.

co possa essere istituito o riconosciuto se non per legge e considerato che la giurisprudenza amministrativa ha affermato come «la c.d. nozione funzionale di ente pubblico non contrasta con la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 70 del 1975, in quanto essa non postula che un soggetto possa essere qualificato come pubblico a prescindere dall'esistenza di una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico»¹⁰⁰, può affermarsi che per il GSE sussista il primo degli indici sintomatici della pubblicità.

In secondo luogo, il rapporto di strumentalità con lo Stato. L'istituzione del GSE trova la sua ragione giustificatrice – come s'è detto – nell'esigenza di svolgere delle funzioni strumentalmente idonee a consentire allo Stato italiano di onorare gli impegni, europei e internazionali, assunti nell'ambito del settore dell'energia; funzioni di cui è attributario per effetto di un «processo di esternalizzazione»¹⁰¹ di funzioni tipicamente amministrative. La più accreditata giurisprudenza ha statuito che le società strumentali sono destinate a produrre beni e servizi finalizzati alle esigenze dell'ente pubblico, differenziandosi in questo dalle altre società pubbliche che, invece, producono beni o servizi destinati agli utenti finali (consumatori o utenti)¹⁰². Ne discende che il GSE è una società strumentale: la sua strumentalità rispetto al perseguimento di un interesse pubblico risiede nel fatto che essa è chiamata a rendere un servizio preordinato a soddisfare, *in via immediata e diretta*, l'esigenza dell'amministrazione pubblica controllante e vigilante (il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero dello sviluppo economico) il raggiungimento degli obiettivi fissati, a livello sovranazionale, nel settore energetico e solo, *in via mediata e indiretta*, l'interesse degli operatori a conseguire gli incentivi economici e le altre misure di sostegno previsti per quanti realizzino impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile, interventi di efficienza energetica, nonché per coloro che, operando in settori fortemente energivori (ad es., trasporti) assolvano agli obblighi di contenimento nell'uso di fonti fossili¹⁰³.

3, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 79 del 1999. Con effetto dalla medesima data, GRTN S.p.a. e Terna S.p.a. provvedono a modificare le rispettive ragioni sociali».

¹⁰⁰ Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰¹ Sull'argomento, v. A. Maltoni, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e funzioni amministrative*, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 276 ss. e Id., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; nonché i due Rapporti curati dall'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA), *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2007 e *Secondo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2009.

¹⁰² Cons. St., Ad. Pl., 4 agosto 2011, n. 7, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰³ In questo senso depono l'art. 4 dello Statuto del GSE, ai sensi del quale «la società, nello svolgimento della propria attività, provvede a: a) ritirare l'energia elettrica di cui al comma 3 dell'articolo 22 della legge 9 gennaio 1991, n. 9, offerta dai produttori a prezzi determinati dall'ARERA in applicazione del criterio del costo evitato; b) acquisire l'energia elettrica ed i relativi diritti di cui al Titolo IV, lettera b), del provvedimento CIP n. 6/1992; c) cedere al mercato l'energia acquisita ai sensi delle precedenti lettere a) e b); d) qualificare gli impianti alimentati da fonti rinnovabili e gli impianti di cogenerazione abbinati al teleriscaldamento nonché effettuare il riconoscimento della cogenerazione ad alto rendimento; e) rilasciare la garanzia d'origine dell'ener-

In terzo luogo, l'esercizio di poteri di indirizzo e controllo da parte del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero dello sviluppo economico, unitamente al perseguimento di finalità di interesse pubblico e all'attribuzione di poteri pubblici. Come desumibile dall'art. 4 dello Statuto, il GSE svolge, infatti, le attività di cui all'oggetto sociale nel rispetto delle norme vigenti e in conformità agli indirizzi strategici ed operativi definiti dal Ministero dello sviluppo economico, mentre ai sensi degli artt. 15 e 17 del medesimo Statuto i membri del Consiglio di amministrazione e il Collegio sindacale sono nominati dall'assemblea dei soci: vale a dire dal Ministero dell'economia e delle finanze, in qualità di azionista unico¹⁰⁴. Per giunta, la finalità perseguita dal GSE è di indubbio interesse pubblico, dovendosi identificare nel contribuire a migliorare – anche mediante l'incentivazione degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile – le condizioni di salubrità dell'ambiente (art. 9 Cost.) e quelle della qualità della salute pub-

gia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, nonché da impianti di cogenerazione ad alto rendimento; f) emettere i certificati verdi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nonché da impianti di cogenerazione abbinati al teleriscaldamento; g) acquisire i diritti relativi agli impianti di cui all'art. 3, comma 7 della legge 14 novembre 1995 n. 481 e collocare sul mercato elettrico i "certificati verdi" relativi ai medesimi impianti; h) tenere ed aggiornare il registro degli operatori abilitati alle transazioni dei "certificati verdi"; i) identificare gli impianti alimentati da fonti rinnovabili nonché gestire ed emettere le certificazioni di origine per i suddetti impianti, relativamente alla composizione del mix energetico utilizzato, ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 125 e del decreto ministeriale 31 luglio 2009; j) effettuare le verifiche ed i controlli sulle autocertificazioni dei soggetti tenuti all'adempimento degli obblighi di cui all'art. 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e sull'adempimento degli obblighi; k) effettuare le verifiche ed i controlli sugli impianti alimentati da fonti rinnovabili e sugli impianti di cogenerazione, inclusi quelli abbinati al teleriscaldamento; l) effettuare le segnalazioni all'ARERA previste dal decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 per i provvedimenti conseguenti; m) svolgere i compiti di cui all'art. 3, comma 15, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche ed integrazioni; n) effettuare le verifiche previste ai fini del riconoscimento ai produttori della produzione combinata di energia elettrica e calore come cogenerazione disciplinate dall'ARERA ai sensi dell'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e successive modifiche e integrazioni; o) fornire supporto per lo svolgimento dei servizi specialistici in campo energetico alle Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165; p) espletare attività in avalimento dell'ARERA per il rafforzamento delle funzioni relative alla tutela dei consumatori di energia, anche con riferimento alle attività di cui all'art. 2, comma 12 lett. l) e m) della legge 14 novembre 1995, n. 481, nonché per l'esecuzione di attività tecniche sottese all'accertamento e alla verifica dei costi posti a carico dei clienti come maggiorazioni e ulteriori componenti del prezzo finale dell'energia».

¹⁰⁴ Per un inquadramento generale sulla portata dei poteri esercitati dalle amministrazioni in senso tradizionale sulle società pubbliche, v. R. Ravà, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1933, 333 ss.; G. Verucci, *La revoca dell'amministratore nominato dallo Stato o da enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1965, 35 ss.; F.A. Roversi Monaco, *Revoca e responsabilità dell'amministratore nominato dallo Stato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1986, 258 ss.; V. Donativi, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica «diretta» alle cariche sociali*, in *Riv. società*, 1998, 1258 ss.; Id., *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 309 ss.; R. Ursi, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 747 ss.; Id., *Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali*, Napoli, 2012; A. Maltoni, M. Palmieri, *I poteri di nomina e revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, II, 2009, 267 ss.; M.G. Della Scala, *Le società a partecipazione pubblica: "società-impresa" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile*, *www.ius-publicum.com*, 2013.

blica (art. 31 Cost.). E nel perseguimento di tale finalità, il GSE esercita funzioni di natura pubblicistica¹⁰⁵. Il carattere pubblicistico delle funzioni del GSE è stato, più volte, confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno affermato che «la società Gestore dei Servizi Energetici svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico. Nell'attribuzione di benefici per impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili essa esercita potestà amministrative e valuta un pubblico interesse, così che il privato nei confronti di tali atti è titolare di un interesse legittimo»¹⁰⁶. Tali poteri pubblici – come d'ovvio – sono esercitati in modo procedimentalizzato, attraverso il rispetto dei principi e l'applicazione delle regole fissate dalla L. n. 241/90 (c.d. legge sul procedimento amministrativo). Da ultimo, la natura provvedimentoale – autoritativa e non paritetica – degli atti di verifica del GSE (in riferimento al caso in cui il GSE accerti il mancato rispetto della c.d. quota d'obbligo di energia rinnovabile) è stata riconosciuta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁰⁷, secondo la quale «il compito di verifica affidato al GSE si risolve in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata»; così come – autoritativa e non paritetica – è l'attività del GSE di stipulare le Convenzioni per il riconoscimento degli incentivi pubblici alla produzione di energia da fonti rinnovabili. A tal proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che il GSE, nello stipulare le predette Convenzioni, «è chiamato ad intervenire non nella veste di mera controparte, capace perciò di soli atti paritetici, ma come Pubblica Amministrazione destinata ad operare in posizione di supremazia mediante l'esercizio di poteri autoritativi finalizzati ad assicurare l'attuazione della superiore volontà di legge»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ai sensi dell'art. 4, comma 1, dello Statuto «la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti».

¹⁰⁶ C. Cass., SS.UU., 24 febbraio 2014, n. 4326, in *Foro it.*, 2015, 1066.

¹⁰⁷ Cons. St., Ad. Pl., 3 settembre 2019, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Un approfondito commento della decisione lo si deve a A. Colavecchio, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *Giornale dir. amm.*, 2020, 1, 90 ss.

¹⁰⁸ C. Cass., SS.UU., 4 maggio 2017, n. 10795, in *CED Cass.*, n. 266612.

In quarto luogo, l'assoggettamento delle norme di contenimento della spesa pubblica, essendo il GSE inserito nell'elenco ISTAT delle pubbliche amministrazioni¹⁰⁹ che concorrono a formare il conto economico consolidato dello Stato¹¹⁰.

Tuttavia, la natura di pubblica amministrazione del GSE – specie alla luce di un eventuale mutamento dell'attuale quadro normativo di riferimento – potrebbe essere messa in discussione. Il GSE rappresenta un esempio paradigmatico della crisi della “rigidità” del concetto di soggetto pubblico e della teoria dell'ente, in base alla quale la natura di quest'ultimo può essere desunta, nella stragrande maggioranza dei casi, dalle funzioni che gli sono (o che gli sono state, nel tempo) attribuite.

Nonostante la giurisprudenza, sulla base del vigente quadro normativo, concordi nel considerare il GSE come un soggetto equiparabile alla pubblica amministrazione, una tale soluzione, specie in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere soggetta ad una rivisitazione. I risultati raggiunti dall'Italia in ambito energetico – lo si è già detto – sono certamente positivi. E questo è grazie all'azione del GSE. Sennonché, la attuale configurazione organizzativa (quindi la natura giuridica di società-ente pubblico) non è immune da criticità, inducendo a valutare quale potrebbe essere una nuova, diversa configurazione (tecnica di tutela dell'interesse pubblico) da imprimere al GSE. Sia chiaro: l'intenzione non è quella di individuare soluzioni nette, ma più sommestamente quella di stimolare una riflessione. Non si ha la presunzione di avere in mano la sfera di cristallo, ma la sola convinzione – come affermava un grande italiano – che «una cosa fatta bene può essere fatta meglio»¹¹¹.

Ebbene, la strada per migliorare ulteriormente la capacità del GSE di rendere l'Italia uno degli Stati membri capaci di conseguire, con sempre maggiore efficacia ed efficienza, gli obiettivi energetici, potrebbe essere quella di avviare un processo di riforma che renda il GSE – sostanzialmente e non solo formalmente –

¹⁰⁹ Cons. St., parere, 22 dicembre 2011, n. 706-4782 (in www.giustizia-amministrativa.it) il quale ha stabilito che vanno considerate amministrazioni pubbliche, in difetto di una specifica disciplina di riferimento, tutte quelle elencate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001; gli enti e gli altri soggetti inseriti nel conto economico consolidato individuati, ai sensi dell'art. 1, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 196/2009, dall'ISTAT. Di contro, sono soggetti privati, tutte le società pubbliche ad esclusione di quelle inserite nel conto economico consolidato e individuate dall'ISTAT e di quelle che hanno per legge «personalità giuridica di diritto pubblico».

¹¹⁰ Sull'argomento, v. M. Di Lullo, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm. - TAR*, XII, 2013, 3579 ss. Le condizioni in base alle quali un soggetto può essere ricompreso nella sezione delle pubbliche amministrazioni possono essere, sinteticamente, individuati nella circostanza che il 50% dei beni e servizi prodotti non siano destinabili alla vendita e nel controllo prevalente da parte di amministrazioni pubbliche. In Italia, la legge 31 dicembre 2009, n. 196 (c.d. legge di contabilità e finanza pubblica) ha affidato all'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) la ricognizione annuale delle amministrazioni pubbliche che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sulla base dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica. Stante la ricorrenza delle condizioni previste per l'inserimento nell'elenco ISTAT, il GSE è stato inserito dal 2014 nell'elenco ISTAT all'interno della categoria delle «Amministrazioni centrali - Enti di regolazione dell'attività economica».

¹¹¹ La frase è di Gianni Agnelli.

un soggetto a metà strada tra il pubblico e il privato; sovrapporre, cioè, al «processo di esternalizzazione» che ha dato vita al GSE un «processo di privatizzazione».

Lo si è detto. Il GSE rientra tra quelle figure soggettive ibride, convivendo in esso elementi privatistici ed elementi pubblicistici. Ad oggi, però, il legislatore nazionale e, di conseguenza, la giurisprudenza hanno ritenuto di valorizzare maggiormente, potremmo dire esclusivamente, gli elementi pubblicistici della società, ridimensionando gli elementi privatistici, comunque, presenti in esso. Il risultato è stato quello di attrarre il GSE nel perimetro allargato della pubblica amministrazione. Trattasi di una soluzione che presenta alcuni inconvenienti. Nel più volte menzionato Regolamento 2018/1999/UE sulla nuova *governance* dell'Unione dell'energia e del clima, così come nella Comunicazione della Commissione europea sul *Green deal* europeo¹¹² è riconosciuta una notevole importanza ai finanziamenti: le ambizioni del *Green deal* comportano un ingente fabbisogno di investimenti. Tra i finanziamenti ritenuti necessari per il conseguimento degli obiettivi energetici e, di riflesso, per il conseguimento dell'obiettivo della neutralità climatica si distinguono – come d'ovvio – i finanziamenti a carico dei bilanci dello Stato e dell'Unione europea (Fondo InvestEU) e i finanziamenti privati.

In Italia i finanziamenti all'energia rinnovabile e all'efficienza energetica del GSE sono pubblici. I 14, 8 miliardi di euro gestiti dal GSE nel 2019 per la promozione della sostenibilità finiscono con l'incidere direttamente sui clienti finali dell'energia, i quali sono tenuti a sopportare, pagando le bollette elettriche, il peso delle componenti parafiscali (nel caso dell'energia rinnovabile, la componente ASOS) dalle quali vengono reperite le risorse economiche necessarie per il raggiungimento di determinati interessi pubblici.

Per continuare a garantire l'efficace conseguimento degli obiettivi energetico-ambientali, riducendo contestualmente l'incidenza delle misure di incentivazione sui clienti finali dell'energia, una soluzione potrebbe essere, quindi, quella di irrobustire la vocazione privatistica del GSE. Nel lasciare inalterate le garanzie proprie di un ente pubblico (imparzialità, trasparenza, pubblicità, etc.), al GSE potrebbe essere data, infatti, una configurazione organizzativa che lo renda un soggetto assimilabile ad una *market unit*: una società di mercato destinata a svolgere (sotto la direzione e il controllo del Ministero dell'economia e finanze, del Ministero dello sviluppo economico e di eventuali altri soggetti pubblici) un'attività economica sostanziantesi anche nella concessione di prestiti per la realizzazione di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e da efficienza energetica, nel rilascio di garanzie sui prestiti concessi agli operatori da altri istituti di credito, nonché in un'avanzata consulenza tecnico-ingegneristica, amministrativa ed economico-finanziaria. In quanto tale, la fonte di provvista dovrebbe essere

¹¹² Comunicazione della Commissione europea del 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, «Il *Green Deal* europeo», in *eur-lex.europa.eu*

costituita, per almeno il 50 per cento, da risorse reperite sul mercato anche attraverso l'utilizzo degli strumenti del mercato dei capitali.

I vantaggi di una tale trasformazione potrebbero essere tanti. Se ne citano solo alcuni. In primo luogo, si ridurrebbe il peso degli incentivi alle rinnovabili e all'efficienza energetica sulle bollette elettriche, dal momento che il relativo peso sui clienti finali dell'energia subirebbe un alleggerimento direttamente proporzionale all'aumento della provvista reperita dal GSE sul mercato. In secondo luogo, si responsabilizzerebbero maggiormente gli operatori economici a realizzare investimenti nel settore delle energie rinnovabili e dell'efficienza energetica sulla base di piani industriali sempre più analitici e puntuali. In terzo luogo, si registrerebbe un incremento dell'innovazione tecnica e tecnologica e della ricerca, poiché un sistema di prestiti, con correlato obbligo di restituzione, stimolerebbe gli operatori a sviluppare tecnologie capaci di rendere, finanziariamente ed economicamente auto-sostenibili, le iniziative economiche nel settore energetico ed ambientale.

6. Conclusioni

Il venir meno dei consueti confini a livello di politiche energetiche ha determinato, in questo settore specifico, il corrispondente venir meno di una fissità dei ruoli, unitamente ad una strutturale difficoltà di comprendere se ci si trovi all'interno di un ambito privato, pubblico o, piuttosto, all'interno di un nuovo concetto di "istituzionalità ibrida", che però, in tal modo, resta in qualche modo sottratto ad ogni tradizionale inquadramento giuridico.

Se la conseguenza di tale conclusione fosse quella di considerare il GSE quale risultato di un complesso sistema di regole e di normative che richiedono di volta in volta uno sforzo interpretativo legato alla esatta collocazione di quest'ultimo in funzione delle diverse relazioni che si creano le ripercussioni, per gli "addetti ai lavori", sarebbero di non poco conto.

Pertanto, gli atti che sovrintendono al funzionamento del settore elettrico e i soggetti istituzionali chiamati ad operare in tale ambito, rendono il mondo dell'energia un "terreno privilegiato di osservazione" per esaminare, con rinnovata attenzione, un tema di teoria generale del diritto, che incide sulla mai sopita questione dei rapporti tra diritto privato e diritto amministrativo: la crisi della soggettività giuridica, quale tematica che finisce con l'assumere ulteriori interessanti contorni, se guardati anche alla luce delle recenti elaborazioni¹¹³.

¹¹³ Sul punto, v. le interessanti ed originali considerazioni svolte da G.P. Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova, 2018.

Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.

Il contributo esamina le recenti evoluzioni del diritto europeo dell'energia, con particolare riferimento alle principali innovazioni introdotte dal “*Clean energy package*”, un ampio e articolato pacchetto di misure – approvato nel maggio 2019 – improntate alla logica integrata energia-clima, che incidono profondamente nel settore energetico nel suo complesso. In tale scenario di radicali trasformazioni, il contributo, evidenziandone la loro ricaduta sul piano nazionale, si sofferma, quindi, sui caratteri, sulle funzioni e sul ruolo, di uno dei principali soggetti istituzionali della *governance* nazionale del settore energetico, il GSE S.p.A., per metterne in luce, in una prospettiva diacronica, il continuo ampliamento e la progressiva diversificazione dei compiti allo stesso assegnati.

Developments in European energy law, energy transition and the institutional system: the role of GSE S.p.A.

The contribution examines recent developments in European energy law, with particular reference to the main innovations introduced by the ‘Clean Energy Package’: a broad and articulated set of measures – approved in May 2019 – based on the integrated energy-climate logic, and which have had a profound impact on the energy sector as a whole. In this scenario of radical transformations, highlighting their impact on the national level, the contribution therefore dwells on the characteristics, functions and role of one of the main institutional players in the national governance of the energy sector: GSE S.p.A. From a diachronic perspective, it thus highlights the continuous expansion and progressive diversification of the tasks assigned to it.

Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla “proprietà” all’“accesso”

Maria Lillà Montagnani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dati personali *vis-a-vis* dati non personali. – 3. Diritti di proprietà intellettuale e titolarità dei dati. – 3.1 La tutela brevettuale. – 3.2 Il diritto d'autore. – 3.2.1 Il diritto d'autore e i dati “in quanto tali”. – 3.2.2 Il diritto d'autore e i dati “organizzati”. – 3.2.3 Il diritto del costituente della banca di dati (o diritto *sui generis*). – 3.3 La disciplina del segreto commerciale. – 4. La proposta di adozione di un diritto (di proprietà) per il produttore di dati. – 5. Dalla proprietà dei dati all'accesso nella recente Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati. – 6. Una prima conclusione.

1. *Introduzione*

Con l'avvento della tecnologia digitale e della rete Internet – di pari passo con il crescere del fenomeno dei *big data* e il diffondersi degli strumenti di *data analytics* – la possibilità di avere accesso a sempre più dati e lo sviluppo di sofisticate tecniche di analisi ed elaborazione dei dati hanno amplificato la già ben nota importanza dei dati per le imprese che ne sono detentrici. Il progresso tecnologico permette infatti la raccolta, memorizzazione e analisi di enormi quantità di dati, fornendo alle imprese un patrimonio conoscitivo prima inimmaginabile. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di integrare i dati di cui le imprese già dispongono con i dati provenienti dalle reti di *social networking*, che offrono informazioni sulle abitudini, i gusti e le inclinazioni degli utenti. In questo nuovo contesto, caratterizzato dallo sviluppo della rete internet e della tecnologia digitale, si rende possibile non solo una sempre più precisa profilazione – che permette di personalizzare le proposte sulle singole preferenze degli utenti – ma anche lo sviluppo e l'offerta di nuovi servizi e prodotti sulla base della previsione dei comportamenti futuri degli utenti, previsioni che si sviluppano ricorrendo ai diversi strumenti di *data analytics*¹.

¹ Una dettagliata descrizione delle sfide e implicazioni che portano le innovazioni tecnologiche sui mercati e sulla disciplina giuridica è operata da A. Ottolia, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, 3

Ma vi è di più. La raccolta di dati che possono essere utilizzati a fini predittivi non si limita più al solo mondo digitale. Le nuove tecnologie digitali (c.d. “*emerging digital technologies*”)², tra cui si annoverano l’Internet delle cose, l’intelligenza artificiale, la robotica e, più in generale, tutti i sistemi dotati di autonomia, eliminano la differenza tra l’ambiente digitale e quello analogico e ampliano ancora di più il bacino di dati utilizzabili ai più svariati fini. Gli *smart device*, interagendo tra loro tramite Internet – e un domani le reti 5G – sono infatti in grado di produrre, raccogliere e comunicare quantità di informazioni dettagliate sia sulle loro *performance*, sia sul mondo che li circonda, così da adeguare la propria attività ad esso³. Un esempio tipico è offerto dai *device* per le *smart home*⁴. Un frigorifero “intelligente”, analizzando i diversi parametri che lo circondano riesce a regolare la propria temperatura, compra direttamente online quanto serve e, soprattutto, incrociando i dati con quelli rinvenibili tramite altri canali, come le ricerche su Internet, intuisce la predisposizione a consumare determinati prodotti rispetto ad altri e ne propone l’acquisto⁵. O ancora, si consideri il computer di bordo di un veicolo a guida autonoma, che produce e utilizza un bacino di dati che vanno ben oltre quelli generati dai sensori di cui è dotato il veicolo. Ai fini del funzionamento, le operazioni compiute si basano, ad esempio, sui dati relativi alla viabilità, su quelli generati dagli altri veicoli in circolazione, sui dati relativi all’urbanistica e via dicendo⁶. Infine, si sta sviluppando anche l’“Internet dei corpi”: la fusione dell’Internet delle cose e dell’intelligenza artificiale con il corpo umano genera una fonte inesauribile di dati, che va ad arricchire il già ampio bacino dei *big data*⁷.

ss. Sempre sul punto si veda anche AGCM, AGCOM e Autorità garante per la privacy, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 23 ss., https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

² È la Commissione europea, nello *Staff Working Document, Liability for emerging digital technologies* che accompagna la Comunicazione sull’Intelligenza Artificiale per l’Europa (SWD/2018/137 final, 2, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52018SC0137>) a coniare l’espressione «emerging digital technologies» per fare riferimento a «the Internet of Things (IoT), Artificial Intelligence, advanced robotics and autonomous systems».

³ Per un primo inquadramento con diversi esempi di raccolta e uso dei dati si veda J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data*, in *JIPITEC*, 8, 2017, 257 ss., https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-4-2017/4636/JIPITEC_8_4_2017_257_Drexler.

⁴ Z.A. Almusaylim, N. Zaman, *A review on smart home present state and challenges: linked to context-awareness internet of things (IoT)*, in *Wireless Netw.*, 2019, 25, 3193 ss.

⁵ Per una prima ricostruzione dei dati generate dall’Internet delle cose si rinvia a T. Farkas, *Data Created by the Internet of Things: The New Gold without Ownership*, in *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2017, 23, 8-9.

⁶ Si veda A. Vedaschi, G.M. Noberasco, *Gli autoveicoli a guida autonoma alla prova del diritto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 769 ss., per un completo inquadramento dei problemi sollevati dall’uso dei veicoli a guida autonoma.

⁷ A.M. Matwyshyn, *The Internet of Bodies*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 2019, 61(1), 77 ss.

Ebbene, queste enormi quantità di dati prodotti ed elaborati in tempo reale vanno ad arricchire i *database* utilizzati dalle imprese, e vengono usati per i più svariati fini, per lo più di natura commerciale.

A seguito del fenomeno dei *big data* e delle moderne tecniche di *data analytics*, il valore economico dei bacini aziendali di dati cresce dunque in maniera esponenziale. Oltre ad essere una risorsa utilizzabile per l'attività di profilazione e per lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi, i dati sono anche direttamente monetizzabili nel momento in cui vengono trasferiti a terzi a fronte di un compenso. In aggiunta, la conoscenza stessa che scaturisce dall'analisi delle informazioni può essere utilizzata per migliorare i processi decisionali, potenziare le prestazioni e ottimizzare l'organizzazione interna delle imprese, divenendo così una risorsa essenziale per lo sviluppo di nuovi modelli di *business* e, più in generale, per l'avanzamento della ricerca in ogni campo scientifico e sociale.

A fronte dell'importanza che i dati assumono per le attività economiche, si pone allora la questione di individuare quale sia la base giuridica che autorizza le imprese che hanno la disponibilità dei dati ad utilizzarli a vari fini. Se i dati sono ormai diventati patrimonio inestimabile per la sopravvivenza e il successo delle imprese nel mercato moderno, sorge spontanea la domanda relativa ai presupposti giuridici dell'utilizzo da parte delle stesse di ampi bacini di natura dinamica, che contengono dati provenienti dalle più svariate fonti e di varia natura.

Nel tentativo di capire se vi siano degli strumenti che offrano alle imprese la possibilità di ritenersi titolari dei dati di cui hanno la disponibilità, dottrina e giurisprudenza si sono fin da subito rivolte alla proprietà intellettuale quale area del diritto privilegiata per dare attuazione a nuove forme di protezione⁸. Eppure, sia il ricorso agli istituti giuridici tradizionali, sia la creazione di ulteriori strumenti in grado di accontentare le mutevoli esigenze del mercato sono apparsi immediatamente percorsi in salita, costellati da barriere (non solo) giuridiche, che impediscono l'introduzione di un chiaro presupposto giuridico all'uso dei dati da parte delle imprese che ne abbiano la disponibilità, essendo i concetti tradizionali di proprietà sui beni, di trasferimento della stessa messi a dura prova dall'economia digitale⁹. Dalla tutela brevettuale fino al diritto *sui generis* a tutela delle banche dati (noto come «diritto del produttore di una banca di dati»), le soluzioni giuridiche prospettate non sembrano aver soddisfatto le richieste degli operatori economici, al punto da ipotizzare l'introduzione, all'interno del diritto dell'Unione europea, di un diritto proprietario in capo ai «produttori» di dati. Ciò con l'obiettivo di colmare la lacuna e garantire a coloro che investono tempo e denaro nel-

⁸ Si veda, tra gli altri, D. Gervais, *Exploring the Interfaces Between Big Data and Intellectual Property Law*, in *JIPITEC*, 2019, 10, 3 ss.

⁹ M. Granieri, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione. Per una visione criticamente relazionale dell'economia digitale*, in *Mer. con. Reg.*, 2006, 1, 111 ss.

la generazione di dati un diritto di esclusiva al loro utilizzo¹⁰. La proposta di un diritto di proprietà sui dati non ha tuttavia trovato sufficiente consenso per concretizzarsi e sembra ora essere stato sostituito dal dibattito sull'accesso e la condivisione dei medesimi¹¹, la qual cosa offre non pochi spunti di riflessione.

In questo contributo, dopo aver operato la necessaria distinzione tra dato personale e non, si ripercorrono le diverse alternative fino ad oggi proposte ed esplorate da legislatori, giurisprudenza e dottrina per risolvere la questione della titolarità dei dati all'interno del diritto della proprietà intellettuale e in relazione alla proposta di inserire un diritto del produttore di dati. Infine, si volge l'attenzione alla recente Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati¹², con cui le istituzioni europee realizzano un cambiamento di paradigma per quanto attiene al tema della titolarità dei dati, sul punto si offre un primo commento. In particolare, si evidenziano i necessari accorgimenti e raccordi che le istituzioni europee dovranno effettuare al fine di raggiungere l'obiettivo di incrementare l'accesso e la condivisione di dati.

2. *Dati personali vis-a-vis dati non personali*

Prima di affrontare il tema della titolarità dei dati è necessario definire con maggiore chiarezza l'ambito della presente indagine, ovvero quali siano i dati per cui si presenta il problema della titolarità e soprattutto in che termini. Infatti, con riferimento alla nozione di "dati" bisogna fin da subito operare una (forse scontata ma essenziale) distinzione tra dati personali e non. Da questa distinzione dipende infatti l'applicazione o meno delle norme a tutela dei dati, o ancora il tentativo di applicare uno specifico istituto – la proprietà¹³ – o gli altri strumenti tipici del diritto della proprietà intellettuale¹⁴, come il diritto d'autore o il diritto del produttore di un database.

La distinzione tra dati personali e non personali è solo apparentemente semplice. Il nome, l'indirizzo di casa e le coordinate bancarie, ma anche le foto che

¹⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Costruire un'economia dei dati europea», Bruxelles, 10.1.2017 COM(2017) 9 final, 13, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN>.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Una strategia europea per i dati», Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 66 final, 12 ss., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0066&qid=1588450241608&from=EN>.

¹² *Ibidem*.

¹³ Si veda, *infra*, § 4.

¹⁴ Si veda, *infra*, § 3.

pubblichiamo sui *social network*, i *like* che mettiamo alle pagine di Facebook e l'indirizzo IP del nostro computer sono tutte informazioni che dicono qualcosa di noi, che ci identificano come singoli individui, direttamente o indirettamente. È definito infatti dato personale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile»¹⁵. Si considerano dati personali anche quelli che permettono l'identificazione di una persona fisica in via indiretta, mediante l'associazione di più elementi che vanno dagli identificativi online ai fattori caratteristici dell'identità fisica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale di una persona¹⁶. Sono dati personali altresì i dati pseudonimizzati, ossia i dati attribuibili ad una specifica persona fisica soltanto con il ricorso ad informazioni aggiuntive, conservate separatamente, mentre sono esclusi i dati anonimi¹⁷ e i dati aggregati che, per loro natura, non permettono la riconducibilità al singolo interessato in modo irreversibile¹⁸.

Come noto, la protezione dei dati personali è regolata da un ampio ventaglio di strumenti normativi, tra cui riveste maggior rilievo, sia a livello europeo sia a livello nazionale, il Regolamento generale per la protezione dei dati ("RGPD")¹⁹. Per le materie non interamente disciplinate dal RGPD, in Italia la materia è regolata dal d.lgs. 196/2003 (Codice privacy)²⁰, modificato a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento medesimo²¹. La disciplina è tale per cui l'impresa che, in qualità di titolare, determina modalità e finalità del trattamento di dati personali, raccogliendoli, conservandoli nei propri *database* e utilizzandoli a vari fini, è legittimata ad operare nei limiti in cui abbia raccolto il consenso libero, informato, specifico ed inequivocabile degli interessati²² o si avvalga di

¹⁵ Art. 4, n. 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUUE* del 4.5.2016, L. 119/1 ss.

¹⁶ Sulla definizione di dato personale si veda N. Purtova, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law Innov Technol.*, 2018, 10, 43 ss.

¹⁷ Per un approfondimento sull'anonimato, come proiezione del diritto alla protezione dei dati personali e non solo, si rimanda a G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inform.*, 2014, 2, 171 ss.

¹⁸ Considerando 26 del Regolamento (UE) 2016/679, cit.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/679, cit.

²⁰ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, «Codice in materia di protezione dei dati personali», in S.O n. 123 alla *GU* 29 del luglio 2003, n. 174.

²¹ Le modifiche sono state introdotte dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)», in *GU* del 4 settembre 2018, n. 205.

²² Art. 4 (11), considerando 32 e 33 del Regolamento (UE) 2016/679, cit. Per l'approfondita analisi del principio del consenso, elemento cardine del RGPD, si veda I. A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *ODCC*, 2018, 67 ss. Si veda anche S. Thobani, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 2, 513 ss.

altra base giuridica²³, nel rispetto dei principi di liceità, correttezza e trasparenza, minimizzazione dei dati, limitazione della finalità e della conservazione, esattezza, integrità e riservatezza e, infine, responsabilizzazione (o *accountability*)²⁴.

Il quadro di protezione dei dati personali opera l'allocazione dei diritti e doveri in capo alle parti (titolari, responsabili, persone autorizzate, destinatari, etc.), in funzione del diritto alla *privacy* delle persone interessate, tutelato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Tale diritto, riconducibile all'area dei diritti indisponibili della personalità, si è evoluto, divenendo altresì un presidio al valore economico e alla circolazione dei dati²⁵, assumendo così una configurazione dualistica, analoga a quella propria dei diritti d'autore²⁶. In modo non dissimile dalla categoria dei diritti esclusivi della proprietà intellettuale, il diritto alla *privacy* si configura quindi come un diritto di escludere ogni altro e mantenere il controllo escluso sull'utilizzazione dei propri dati, proteggendo poi indirettamente gli interessi della collettività intera²⁷.

L'esistenza di queste norme di protezione dei dati non conferisce certo all'interessato un diritto di proprietà sui propri dati, quanto il diritto di controllare i dati personali, articolato come diritto di accesso, rettifica, cancellazione (o "oblio"), limitazione del trattamento, opposizione e portabilità²⁸. Sebbene la persona interessata possa conferire i propri dati in un contesto commerciale al fine e nel corso della fruizione di un servizio digitale, l'ambito di applicazione delle norme di protezione dei dati è comunque limitato dall'interesse della *privacy* sottostante. A conferma di ciò si consideri che il RGPD non conferisce, ad esempio, il

²³ Ai sensi dell'Art. 6 del Regolamento (UE) 2016/679, cit., basi giuridiche alternative al consenso sono la richiesta (pre)contrattuale dell'interessato; l'obbligo legale cui è soggetto il titolare del trattamento; il perseguimento di un legittimo interesse del titolare; la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; il compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare. "Soft-spamming" e newsletter rientrano, ad esempio, tra quei casi in cui si può procedere ad inviare comunicazioni anche senza il preventivo consenso degli interessati. Sugli ulteriori casi in cui si può procedere al trattamento indipendentemente dal consenso si veda A. Assenza et al., *Diritto per il marketing*, Torino, 2020, 13.

²⁴ Art. 5 del Regolamento (UE) 2016/679, cit.

²⁵ F.B. Romano, *La protezione dei dati personali nell'unione europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2015, 1619 ss. Sui diversi profili riguardanti la classificazione civilistica della *privacy* si veda T.M. Ubertazzi, *Il diritto alla privacy. Natura e funzione giuridiche*, Padova, 2004, 81 ss.

²⁶ L.C. Ubertazzi, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *AIDA*, 2014, 435 ss.

²⁷ Id., 436, secondo cui «[i]l diritto alla *privacy* può essere ricondotto alla categoria dei diritti di proprietà intellettuale. Il primo ha infatti in comune con i secondi la natura, la struttura, la funzione di proteggere con la tecnica dell'esclusiva gli interessi patrimoniali del titolare che l'ordinamento ritiene meritevoli, e l'esistenza di limiti all'esclusiva per tutelare gli interessi privati e pubblici contrapposti al titolare». Sul tema si veda anche Id., *Banche dati e privacy*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, 6, 631 ss. L'Autore ritiene questa classificazione consentita dalla mobilità normativa della categoria della proprietà intellettuale, rimandando sul punto alla sua opera *Introduzione*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *La proprietà intellettuale*, Torino, 2011, 4.

²⁸ Artt. 15-22 del Regolamento (UE) 2016/679, cit.

diritto di partecipare al reddito generato dall'utilizzo dei dati personali nei mercati secondari, a conferma dell'inesistenza di un diritto di proprietà dei soggetti interessati sui propri dati personali²⁹.

Nell'ordinamento dell'UE non è presente una completa disciplina per i dati non personali che sia parallela a quella che il RGPD offre per i dati personali. In linea di massima, si considerano “dati non personali” tutti quelli che non rientrano nella definizione di dati personali, in particolare quelli generati da macchine o derivanti da processi, applicazioni o servizi informatici che avvengono senza intervento umano diretto, o ancora sono raccolti da sensori che a loro volta trattano informazioni provenienti da apparecchiature, software o macchine (virtuali o reali), senza alcuna riconducibilità, diretta o indiretta, a persone fisiche identificate. Sebbene in alcune circostanze anche i *machine data* possano essere “personali” (ad esempio i dati che ci localizzano per mezzo della posizione del nostro *smartphone*) – ipotesi in cui si applicano le regole del RGPD – spesso si tratta di dati non personali, come ad esempio i dati relativi a rilevazioni meteorologiche e alle prestazioni di macchine o processi industriali³⁰. Quello che si rinviene al momento a livello europeo è l'adozione di norme che intendono regolare specifici aspetti dei dati non personali, come per esempio le iniziative che promuovono la libera circolazione dei medesimi nell'Unione europea³¹, o le proposte sugli *open data* volte a incentivare il riutilizzo di informazioni del settore pubblico³².

Assente tuttavia un quadro normativo organico per i dati non personali, si pone l'esigenza di individuare le basi giuridiche che abilitano le imprese ad utilizzarli. Ecco perché è proprio in questo ambito – quello dei dati non personali – che gli operatori economici hanno richiesto, con sempre maggiore insistenza, la definizione di regole che forniscano alle imprese strumenti adeguati a tutelare nel lungo periodo gli investimenti effettuati per produrre e analizzare i dati.

²⁹ J. Drexler, *Data Access and Control in the Era of Connected Devices*, Study on Behalf of the European Consumer Organisation, 2019, 3, http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-121_data_access_and_control_in_the_area_of_connected_devices.pdf.

³⁰ Si veda F. Banterle, *The Interface Between Data Protection and IP Law: The Case of Trade Secrets and the Database sui generis Right in Marketing Operations, and the Ownership of Raw Data in Big Data Analysis*, in M. Bakhom, B. Conde Gallego, M.O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (a cura di), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, Berlino, 2016, 428 ss.

³¹ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione Europea, in *G.U.U.E.* del 22 novembre 2018, L 303/59. Per una prima analisi del Regolamento si veda M.L. Montagnani, *La libera circolazione dei dati al bivio. Tra tutela dei dati personali e promozione dell'intelligenza artificiale europea*, in *Merc. conc. reg.*, 2019, 21, 293 ss.

³² Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, in *GUUE* del 26 giugno 2019, L 172/56. Sul punto si rinvia a L. Cuocolo, *L'utilizzo dei dati della P.A.: dall'accesso «civico» all'accesso «commerciale»*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 163 ss.

Tuttavia, ritenere che il dibattito sulla proprietà dei dati possa davvero limitarsi ai soli dati non personali non tiene in considerazione il legame intrinseco che sussiste tra le due categorie di dati, la qual cosa rende difficile – se non spesso impossibile – separare o anche solo distinguere i dati personali da quello non personali³³. L'avvento dei *big data* e l'adozione di tecniche di analisi avanzate consentono infatti di profilare utenti o consumatori a partire dall'analisi di categorie di dati che in apparenza – e inizialmente – si configurano come “non personali” ma possono portare successivamente ad acquisire informazioni circa specifici individui o gruppi di individui. Ad esempio, le informazioni raccolte dai *software* installati sulle macchine, in grado di rilevare e registrare la velocità di guida o l'intensità della frenata, ben possono essere utilizzate non solo per verificare la prontezza ed efficienza del mezzo, ma anche per profilare quell'utente come “guidatore spericolato”, incidendo sugli importi di un'eventuale offerta di copertura assicurativa. I *dataset* si caratterizzano dunque oggi, nella quasi totalità di casi, per la natura *mista*, ovvero la sussistenza di dati personali e non, i quali sono anche spesso indissolubilmente legati tra di loro³⁴.

Nel prosieguo, quindi, quando si illustrano i diversi strumenti che sono stati considerati al fine di individuare la base giuridica che legittima le imprese all'uso dei dati presenti nei *dataset* aziendali, si fa riferimento a bacini di dati *misti*, e si usa il termine “titolarità dei dati” in via generale. Quando invece si trattano strumenti o istituti che sono stati presi in considerazione per i soli dati non personali, come nel caso del *data producer right*, si farà riferimento unicamente a questi e si parlerà, più nello specifico, di “proprietà” dei dati. Per quanto non si possa utilizzare il termine “proprietà” per i dati personali, che rientrano sempre nella sfera di controllo dell'interessato anche quando siano nella disponibilità dell'impresa titolare del trattamento – e per quanto il dibattito circa i dati non personali interessi prevalentemente l'istituto della proprietà e alcune delle privative tipiche del diritto della proprietà intellettuale – in questo contributo si cerca di avere un approccio più ampio e fare riferimento ai bacini di dati così come sono nella realtà, ovvero bacini di dati aventi diversa natura e provenienti da svariate fonti.

³³ Si veda L. Zoboli, *Fueling the European Digital Economy: A Regulatory Assessment of B2B Data Sharing*, in *European Business Law Review*, 2020 (in corso di pubblicazione), 8 ss., <https://ssrn.com/abstract=3521194>.

³⁴ Nella Comunicazione della Commissione, «Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union», del 29 maggio 2019 (Bruxelles, COM(2019) 250 final, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/guidance-regulation-framework-free-flow-non-personal-data-european-union>) si definiscono «dati indissolubilmente legati» i casi in cui non sia possibile distinguere, all'interno di un *dataset*, i dati personali da quelli non personali. Rientrano all'interno di questa categoria anche le ipotesi in cui operare la distinzione sia eccessivamente oneroso per il soggetto che ha la disponibilità del *dataset*.

3. Diritti di proprietà intellettuale e titolarità dei dati

La proprietà intellettuale è stata individuata fin da principio come l'area del diritto che meglio si prestava alla tutela di quel particolare oggetto che sono i dati, assimilabili a "beni immateriali" in quanto privi di materialità fisica³⁵. A ciò si deve aggiungere che il ricorso ai diritti di proprietà intellettuale era giustificato anche dalla natura di incentivo alla creazione e all'invenzione che le privative rivestono, la quale ben si attaglia alla volontà di incrementare la generazione di dati e la creazione di un mercato dei dati. Non sono quindi pochi coloro che ritengono che configurare un diritto di proprietà intellettuale in capo all'impresa che ha la disponibilità dei dati sia la modalità preferibile per incentivare la creazione di un mercato dei dati, in ragione della certezza che la privativa conferisce in capo al titolare della medesima³⁶.

Entrando nel merito delle privative di diritto della proprietà intellettuale, esse si distinguono tradizionalmente in due grandi categorie: i diritti di proprietà industriale (brevetti, marchi e modelli, ecc.), che tutelano le invenzioni e l'avviamento di un'impresa, e il diritto d'autore, che tutela invece le creazioni artistiche. In particolare gli istituti del brevetto e del diritto d'autore si presentano, almeno a prima vista, come maggiormente idonei alla tutela del "bene-dato". Nel prosieguo si analizzano quindi le privative che possono essere prese in considerazione come possibili strumenti di esclusività per i dati, al fine di comprenderne l'ambito di applicazione e i limiti che presentano nell'offrire alle imprese protezione per i dati di cui esse dispongono.

3.1. La tutela brevettuale

Nel sistema dei diritti di proprietà intellettuale, l'istituto generalmente associato alla tutela di prodotti tecnici (quali macchinari o dispositivi elettronici) è quello brevettuale. Proprio questa sua spiccata inclinazione tecnica potrebbe a pri-

³⁵ M. Libertini, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2014, 299 ss. Per un'analisi economica della proprietà intellettuale: R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, 121-125, 151-155.

³⁶ Fra i principali fautori si annova H. Zech, *A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data*, in *J. Intellect. Prop. Law*, 2016, 11, 460 ss. Per una panoramica delle diverse posizioni si veda J. Ciani, *Governing Data Trade in Intelligent Environments: A Taxonomy of Possible Regulatory Regimes between Property and Access Rights*, in I. Chatzigiannakis, Y. Tobe, P. Novais, O. Amft (a cura di), *Intelligent Environments 2018, Workshop Proceedings of the 14th International Conference on Intelligent Environments, Ambient Intelligence and Smart Environments Series*, vol. 23, Amsterdam, 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3204612. Per una prima critica della "propertizzazione" dei dati si rinvia invece a G. Resta, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*, in *Dir. inform.*, 2016, 191 ss.

ma vista far apparire il brevetto come lo strumento più idoneo a proteggere i dati generati da strumenti dotati di un determinato livello di complessità tecnologica. I *machine-generated data* sono infatti dati estrapolati e prodotti da macchine – intese nel senso di dispositivi, apparecchiature o strumenti – che siano in grado di rilevare e raccogliere dati grazie alla loro particolare configurazione tecnologica.

Come noto, la tutela brevettuale è regolata da fonti internazionali, tra cui la Convenzione di Parigi, che prevede alcuni generali principi in materia di proprietà industriale, il Trattato di cooperazione in materia di brevetti (PCT), volto ad instaurare un meccanismo di cooperazione tra diversi Paesi per agevolare il deposito delle domande di brevetto, gli accordi TRIPs, che fissano i livelli minimi per la tutela della proprietà intellettuale, e la Convenzione sulla concessione dei brevetti europei (EPC), che centralizza la gestione delle domande brevettuali e offre un brevetto unico per tutti gli Stati aderenti. A livello europeo manca invece una regolamentazione unitaria dell'istituto, che viene lasciata alle singole normative nazionali – questo perlomeno finché non entrerà in vigore il brevetto unitario, con cui si istituisce un unico titolo valido per l'interno mercato interno³⁷. In Italia, la tutela brevettuale è contenuta nel Codice di Proprietà Industriale³⁸, che è appunto il testo che riceverà le modifiche necessarie per dare effetto al brevetto unitario ora ricordato.

Il primo problema che si pone nel rinvenire la brevettabilità dei dati *machine-generated* è rappresentato dal fatto che oggetto di brevetto può essere esclusivamente un'“invenzione”, per quanto il concetto possa risultare di non facile definizione³⁹. Inoltre, un'invenzione, che può essere tanto un processo (procedura industriale o metodo di lavorazione) quanto un prodotto (strumento, macchina o composto), è ritenuta brevettabile quando rappresenti una soluzione nuova ed originale ad un problema tecnico mai risolto prima. Tre, quindi, sono i requisiti richiesti per ottenere la tutela: la novità dell'invenzione, la sua originalità e l'in-

³⁷ Con l'entrata in vigore, il 27 marzo 2019, del d.lgs. 19 febbraio 2019, n. 18 dovrebbe essere data piena attuazione in Italia alle norme UE sul brevetto unitario e a quelle dell'Accordo sul tribunale unificato dei brevetti (corte sovranazionale nata per avere giurisdizione sui brevetti unitari e, in futuro, sui brevetti europei). Tali norme si dovrebbero applicare in tutti gli Stati europei che avranno ratificato l'Accordo al momento della sua entrata in vigore. Il d.lgs. ha l'effetto di coordinare le disposizioni del Codice della proprietà industriale con quelle dei Regolamenti UE 1527/2012 e 1260/2012 e dell'Accordo sul tribunale unificato dei brevetti. Tuttavia, il brevetto unitario non è di fatto ancora una realtà. Affinché ciò accada sarebbe infatti stata necessaria l'entrata in vigore dell'Accordo sul tribunale unificato dei brevetti, impedita dalla mancata ratifica da parte della Germania. All'esito di un ricorso costituzionale durato circa due anni, la Corte Costituzionale tedesca ha dichiarato nullo l'atto di ratifica dell'Accordo sul Tribunale Unificato dei brevetti (UPC) del Parlamento tedesco.

³⁸ D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, «Codice della proprietà industriale», in GU n. 52 del 4 marzo 2005 - Supplemento Ordinario n. 28,

³⁹ Per un'ampia e completa disamina del concetto di invenzione si rinvia a M. Franzosi, *L'invenzione*, Milano, 1970.

dustrialità⁴⁰. In primo luogo, l'invenzione deve essere nuova, cioè non deve essere compresa nello "stato della tecnica" al momento del deposito della domanda. Ciò significa che tutti gli elementi che caratterizzano l'invenzione non devono essere stati divulgati o resi pubblici a terzi, neppure in forma orale. È onere di chi intende usufruire della tutela brevettuale tenere segreta la propria invenzione fino al momento della domanda. Il secondo requisito, l'originalità (o attività inventiva) richiede che l'invenzione non sia considerata scontata da un tecnico del settore. È necessario quindi che l'invenzione non sia ricavabile o deducibile in modo ovvio dal patrimonio di conoscenze tecniche accessibile e conosciute alla data di deposito della domanda di brevetto. Infine, l'invenzione deve avere un'applicazione industriale (in senso lato, ricomprendente qualsiasi settore appartenente al mondo della tecnica). Il brevetto, infatti, limita la propria sfera di tutela a quelle invenzioni che siano destinate ad un'applicazione concreta e non rimangano frutto di mera attività intellettuale. In altre parole, devono rappresentare una soluzione concreta ad un problema tecnico.

Ora, sono proprio le caratteristiche tecniche e applicative richieste dal sistema brevettuale ora ricordate a rendere difficile che il brevetto possa trovare applicazione con riferimento a semplici raccolte di dati aggregati⁴¹. I dati infatti, se considerati in quanto tali, cioè indipendentemente dalla loro inclusione in processi industriali più complessi, non riescono certo a soddisfare i requisiti di novità, originalità e industrialità richiesti dal regime. Da un punto di vista teorico, la tutela brevettuale potrebbe estendere la propria area di protezione fino a ricomprendere talune particolari categorie di dati, quali i dati generati da processi o prodotti a cui sia stata previamente garantita tale forma di tutela. Se infatti la tutela brevettuale ha la forza di coprire a monte l'idea inventiva alla base dell'applicazione, dovrebbe essere in grado di estendersi a valle fino alle conoscenze che sono il frutto di tali processi, come nel caso di dati tecnici generati da processi industriali di lavorazione e produzione che abbiano ottenuto la tutela brevettuale, così come avviene nel settore farmaceutico⁴².

In pratica, tuttavia, la tutela brevettuale ha per ora contrastato le pretese di soggetti terzi sui dati prodotti o generati a partire da processi brevettati, con l'ec-

⁴⁰ Sui requisiti per la brevettabilità si rinvia a G. Sena, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, Milano, 2011 e V. Di Cataldo, *I brevetti per invenzione e per modello*. Artt. 2584-2594, Milano, 2000.

⁴¹ In tal senso v. J. Drexler, *Data access and Control*, cit., 87 ss. Si esprime analogamente per i dati prodotti dai sistemi brevettuali anche A. Ottolia, cit., 143 ss.

⁴² Sul tema della "data exclusivity" nel settore farmaceutico si rinvia a M.I. Manley, G. Strachan, *Regulatory Data Protection*, in M.I. Manley, M. Vickers (a cura di), *Navigating European Pharmaceutical Law*, Oxford, 2015, 255 ss.

cezione appunto del settore farmaceutico⁴³. Nel caso *Hunde-Gentest*⁴⁴, ad esempio, la Corte distrettuale di Düsseldorf ha negato che i risultati di un test genetico per cani potessero essere equiparati al prodotto di un brevetto, non concedendo loro la tutela richiesta. La questione riguardava la legittimità dell'esportazione dei dati ottenuti dall'esecuzione del test genetico dalla Slovacchia, paese dove il test non era coperto da brevetto, alla Germania, dove invece il test era tutelato dai diritti di esclusiva brevettuale. In maniera simile si è espressa anche la Corte di Cassazione federale della Germania, chiamata a decidere della patentabilità del risultato sperimentale ottenuto con un metodo di analisi brevettato e delle informazioni da esso derivate⁴⁵. Sul punto la Corte ha precisato che una sequenza di dati come quella in analisi potrebbe essere considerata come un prodotto ottenuto direttamente da un processo protetto da brevetto solo se avesse proprietà tecniche tangibili, che gli venissero direttamente trasmesse in virtù del processo adottato e se la sequenza di dati stessa potesse essere oggetto, a sua volta, di un brevetto di prodotto. Nel caso di specie quindi la presentazione di informazioni di cui si richiedeva la brevettazione non rappresentava un prodotto proteggibile ai sensi dell'art. 9 comma 2 n. 3 della legge tedesca sui brevetti.

3.2. *Il diritto d'autore*

Tra i diritti di proprietà intellettuale, il diritto d'autore è quello che presenta il più ampio spettro di protezione poiché tutela un insieme di opere che negli anni è andato sempre più arricchendosi⁴⁶. Le opere coperte dal diritto d'autore spaziano infatti dalle opere letterarie alle arti figurative, dalle composizioni musicali a quelle cinematografiche, fino ad arrivare, più recentemente, alla tutela dei programmi per elaboratore⁴⁷. Pur essendo nata in campo editoriale, come

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Corte distrettuale di Düsseldorf, decisione del 16 febbraio 2010, Az. 4b O 247/09, D-Prax Nr. 1364, IV 1 – *Hunde-Gentest*.

⁴⁵ Corte di Cassazione Federale (BGH), 27 September 2016, Case X ZR 124/15 Rezeptortyrosinkinase II, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=77138&pos=0&anz=1>.

⁴⁶ P. Virgadamo, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 4, 1478 ss. Con particolare riguardo al diritto di paternità, L.C. Ubertazzi, *La disciplina UE/CUB del diritto di paternità dell'opera dell'ingegno*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2016, 955 ss.

⁴⁷ *Ex multis*, R. Pardolesi, «Software», «property rights» e diritto d'autore: il ritorno dal paese delle meraviglie, in *Foro it.*, 1987, II, 289 ss. e dello stesso Autore: «Software» di base e diritto d'autore: una tutela criptobrevettuale?, in *Foro it.*, 1988, I, 313 ss.; L.C. Ubertazzi (a cura di), *La legge sul software - Commentario sistematico*, in *Quaderni di AIDA*, 1994, 311; Z. Zencovich, *La direttiva comunitaria sulla tutela giuridica dei programmi per elaboratore*, in *Dir. informaz.*, 1992, 25 ss.

strumento di protezione degli interessi degli editori, la tutela autoriale ha subito quindi una costante espansione determinata dall'emergere di nuove espressioni di creatività umana che si riteneva meritassero protezione.

È proprio il carattere elastico di questo istituto e la sua capacità "espansiva"⁴⁸ a renderlo particolarmente interessante quando si voglia fornire protezione a un'opera dell'ingegno che, per la sua innovatività, risulti difficilmente inquadrabile in una delle tradizionali categorie giuridiche. Tuttavia, per rientrare nello spettro di applicazione del diritto d'autore è comunque necessario che l'oggetto di cui si richiede tutela sia un'opera dell'ingegno di carattere *creativo*⁴⁹. Il requisito della creatività diventa allora il principale criterio di valutazione ai fini della concessione o meno della tutela autoriale. L'assenza di definizioni univoche ha portato alla nascita di diversi orientamenti sul significato da attribuire al concetto di "creatività". La posizione maggioritaria tende a interpretare il carattere creativo in termini di originalità e novità dell'opera⁵⁰. In particolare, l'originalità si identificerebbe nella "personalità" dell'opera, cioè nella presenza di un tratto distintivo che permetta di ricollegare la creazione esclusivamente al suo autore. La novità deve essere invece intesa come presenza di elementi nuovi, essenziali e caratterizzanti, che permettano di distinguere l'opera da quelle già esistenti.

Prendendo dunque in considerazione la proteggibilità dei dati come oggetti del diritto d'autore, si deve innanzitutto notare che le norme appena ricordate forniscono un elenco di opere tutelabili tendenzialmente flessibile e mai tassativo, che può nel tempo allungarsi in forza di nuove espressioni di creatività umana meritevoli di tutela. Da qui anche il tentativo di far ricadere i dati all'interno dell'ambito della tutela offerta da questo istituto che in effetti menziona, come si vedrà nel prosieguo, le banche di dati fra le opere proteggibili, ma non i dati in quanto tali.

3.2.1 *Il Diritto d'autore e i dati "in quanto tali"*

Per quanto il diritto d'autore non presenti un elenco chiuso di opere che possono essere oggetto di protezione, ma le diverse elencazioni rinvenibili a livello nazionale o sovranazionale siano solo esemplificative, in nessuno di tali elenchi di opere è contenuto un esplicito riferimento ai "dati" come oggetto di protezione. Il fatto potrebbe di per sé non essere particolarmente significativo. Si è osservato infatti come l'inclusione o esclusione dalla lista di opere tutelate non sia un

⁴⁸ G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2015, 192 ss.

⁴⁹ Sul punto M. Are, *L'opera dell'ingegno*, Milano, 1963, 58 ss.

⁵⁰ Fra i numerosi scritti pubblicati in argomento si veda P. Auteri et al., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2016, 581 ss.

criterio determinante per ottenere o vedersi negata la tutela autoriale, perlomeno nel diritto d'autore di matrice continentale⁵¹. Ciò che si ritiene necessario è infatti il possesso dei requisiti (di originalità, novità e estrinsecazione) richiesti dalla disciplina⁵². Tuttavia, alla luce di quanto detto, non è difficile intuire come i dati, in sé e per sé considerati, non siano in grado di soddisfare il carattere di creatività richiesto dalla normativa sul diritto d'autore, rimanendo piuttosto dei beni economici non escludibili - ossia intorno a cui non è possibile elevare barriere - e non rivali al consumo, ovvero che presentano costi marginali di riproduzione e distribuzione molto bassi⁵³.

Per quanto attiene ai dati personali, è stata avanzata da alcuni studiosi della materia la possibilità che essi siano assimilabili ad un'opera dell'intelletto. La tesi non pare tuttavia essere accolta né dalla giurisprudenza né dalla dottrina maggioritarie⁵⁴; e ciò probabilmente perché non si ritiene necessario, almeno nel panorama europeo, conferire una privativa all'individuo sui propri dati, rientrando essi già nella sfera di controllo del soggetto interessato per effetto delle norme del RGPD⁵⁵.

In relazione invece ai *machine-generated* data, perché si tratta di informazioni tecniche, raccolte o prodotte da sensori e altri dispositivi assimilati, essi non paiono essere il risultato di una vera e propria attività creativa e quindi soddisfare il requisito dell'originalità. Se una certa attività creativa può celarsi dietro alla progettazione e creazione della "macchina" che rileva i dati, essa non è invece direttamente attribuibile alla rilevazione dei dati in quanto tali. Inoltre, pare alquanto difficile individuare l'autore tra i diversi soggetti - progettista della macchina, produttore o utilizzatore - che sarebbero coinvolti nelle attività di generazione e rilevazione dei dati.

Nonostante sia un istituto dotato di una certa flessibilità, il diritto d'autore non pare essere quindi in grado di offrire protezione ai dati in sé e per sé considerati, non solo quando essi siano dati personali ma anche quando siano non personali, o *machine-generated*.

⁵¹ Per un'accurata ricostruzione della differenza tra il *copyright* britannico - che prevede una lista "chiusa" di opere dell'ingegno - e l'approccio invece del diritto d'autore di stampo continentale si rinvia a T. Aplin, *Subject matter*, in E. Derclaye (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham, 2009, 49 ss.

⁵² Sul punto si veda E. Rosati, *Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision*, in *J. Copyright Soc'y U.S.A.*, 58, 2010-2011, 795 ss., per i cambiamenti introdotti nell'istituto dall'attività della Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁵³ Sulla natura non esclusiva e non competitiva dell'informazione: P.A. David, *Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, diritti d'autore e segreti industriali nella teoria economica e nella storia*, in G. Clerico, S. Rizzello (a cura di), Aa.Va., *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, 1998, 9 ss. R. Pardolesi, C. Motti, "L'idea è mia!": *lusinghe e misfatti dell'economics of information*, in *Dir. informaz.*, 1990, 345 ss.

⁵⁴ Vedasi, *inter alios*, A. Ottolia, cit., 127, ove completi riferimenti bibliografici.

⁵⁵ Sul punto si veda anche *supra*, § 2.

3.2.2 *Il diritto d'autore e i dati "organizzati"*

Il discorso diventa più complesso quando i dati, invece di essere considerati come *bit* di informazioni separate e sconnesse, vengono valutati nella loro dimensione collettiva, ovvero come insieme di informazioni organizzate in raccolte, compilazioni e, da ultimo, banche di dati⁵⁶.

Le raccolte di opere, infatti, trovano espressa tutela nel diritto internazionale e europeo. La Convenzione di Berna, all'art. 2(5), protegge le «raccolte di opere letterarie o artistiche come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta o la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali». La Convenzione fa riferimento però alle sole opere letterarie o artistiche e non menziona espressamente le raccolte o compilazioni di dati tra gli oggetti tutelabili. Al contrario, nell'unico caso in cui si richiama esplicitamente il concetto di "informazione", la Convenzione nega che questa possa rientrare nel suo campo di applicazione. In particolare, ai sensi dell'articolo 8, esclude che possano essere tutelate mediante diritto d'autore le notizie del giorno o i fatti di cronaca che abbiano carattere di semplici informazioni di stampa. Dal testo della Convenzione non sembrerebbe quindi che le semplici "raccolte di dati", per quanto organizzate e originali, possano beneficiare della tutela garantita alle raccolte di opere letterarie o artistiche.

Tuttavia, a questa rigida lettura si è affiancata nel corso del tempo un'interpretazione più elastica – e generalmente condivisa – secondo cui la nozione di opera letteraria o artistica debba riferirsi a qualsiasi produzione nel campo letterario, scientifico o artistico, qualunque sia la modalità o la forma di espressione. Anche le compilazioni di dati o informazioni potrebbero dunque ottenere protezione, a condizione che rispettino i requisiti di creatività nella selezione e nella disposizione dei contenuti. Quest'interpretazione maggiormente estensiva è stata confermata, a livello internazionale, nei TRIPs e nel WCT, i quali ampliano esplicitamente lo spettro di protezione del diritto d'autore. L'art. 10(2) del TRIPs e, quasi specularmente, l'art. 5 del WCT fanno infatti espresso riferimento alle «raccolte di dati o altro materiale, in forma elettronica o in altra forma». Quest'ultime sono tutelabili come creazioni intellettuali se, in forza delle particolari modalità di selezione o predisposizione del materiale, la raccolta acquista i caratteri di un'opera d'autore originale. A seguire, questa impostazione è stata

⁵⁶ Per una definizione di banca di dati si rinvia a L.C. Ubertazzi, *Raccolte elettroniche di dati e diritto d'autore: prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1984, V, 21-22 ss. Con riferimento alla dottrina nazionale, tra le prime riflessioni sulla tutela giuridica delle banche dati accessibili in forma elettronica si annoverano: M. Introvigne, *Computer data bases e proprietà intellettuale in diritto comparato*, in G. Alpa (a cura di), *La tutela giuridica del software*, Milano, 1984, 67 ss. e R. Pardolesi, *Banchedati al guado, nota alle sent. Corte Federale di Appello degli Stati Uniti, 8° Circuito, 4 settembre 1986 e Corte d'Appello di Parigi, 18 dicembre 1985*, in *Foro it.*, 1987, IV, 357 ss.

recepita nella direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche dati⁵⁷, ove si definiscono “banche dati” quelle «raccolt[e] di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo»⁵⁸. La direttiva, richiedendo che gli Stati membri garantiscano la tutela autoriale a quelle banche dati la cui selezione o predisposizione dei contenuti sia frutto di una creazione intellettuale dell'autore, segna in via definitiva l'entrata, a livello europeo, delle banche dati tra gli oggetti tipici del diritto d'autore. Nel panorama nazionale, la normativa italiana ha recepito le indicazioni della direttiva 96/9/CE con il d.lgs. 169/1999⁵⁹, con cui si è modificata la legge sul diritto d'autore includendo esplicitamente anche le banche dati e prevedendo una serie di norme che ne dettagliano la tutela.

Ora, la disciplina della banca di dati, proprio per la natura più funzionale che artistica di questa “creazione”, solleva diverse criticità e questioni interpretative, in particolare in riferimento al requisito di “originalità” che, pensato per le creazioni artistiche, mal si presta ad essere “applicato” ad un *database*. Sul punto è intervenuta anche la Corte di giustizia europea nel caso *Football Dataco*⁶⁰, chiarendo che per qualificare l'opera come “creazione intellettuale dell'autore” la selezione o la disposizione dei dati deve essere il risultato delle *scelte creative* dell'autore. La controversia alla base del caso riguardava i diritti di proprietà intellettuale sui calendari degli incontri dei campionati di calcio inglese e scozzese. Mentre alcune società calcistiche, tra cui la Football Dataco, sostenevano di avere un diritto di esclusiva sulla programmazione delle partite che gli stessi stilavano a inizio stagione, Yahoo e altre società sostenevano di poter utilizzare per le proprie finalità i calendari calcistici, senza dover pagare alcun diritto di sfruttamento economico alle società calcistiche. La Corte di giustizia, posta davanti alla domanda se i calendari calcistici fossero oggetto della tutela del diritto d'autore, ha stabilito che il mero investimento di significative quantità di “skill and labour”⁶¹ non raggiunge lo standard minimo di originalità richiesto ai fini della tutela autoriale.

⁵⁷ Direttiva 96/9/CE, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in *GU* del 27 marzo 1996, 20-28; si veda per un primo commento alla direttiva si vedano G. Guglielmetti, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE*, in *Contr. e impresa eur.*, 1997, 177 ss.; L. Mansani, *La protezione dei database in Internet*, in *AIDA*, 1996, 149 ss.; L. Chimenti, *La direttiva dell'UE sulle banche dati*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, 123 ss.

⁵⁸ Art. 1(2), direttiva 96/9/CE, cit.

⁵⁹ D.lgs. 169/1999, «Attuazione della direttiva 96/9/CE relativa alla tutela giuridica delle banche di dati», in *GU* n. 138 del 15 giugno 1999.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia europea del 1 marzo 2012, *Football Dataco e a. v Yahoo e a.*, causa C-604/10, 1 marzo 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0604&from=IT>.

⁶¹ Per una completa ricostruzione del requisito di originalità tradizionalmente richiesto nel Regno Unito e degli effetti della decisione *Football Dataco* sullo stesso si veda A. Rahmatian, *Originality in UK Copyright Law: The Old 'Skill and Labour' Doctrine Under Pressure*, in *IIC*, 2013, 44, 4 ss.

L'opera, secondo i giudici, dev'essere valutata alla stregua del (unico) criterio della presenza di una "scelta creativa". Nel caso di specie, quindi, sebbene le società avessero impegnato notevoli risorse nella predisposizione e organizzazione dei calendari delle partite, questi ultimi non rappresentavano una scelta creativa del loro autore, non essendo riusciti a dimostrare che la predisposizione e l'organizzazione dei calendari delle partite costituissero un'espressione autoriale di personalità. In particolare, secondo la Corte europea, non può esserci originalità quando l'istituzione di una banca dati sia dettata da considerazioni, fattori e vincoli tecnici che non lasciano posto alla libertà creativa.

In sostanza, per quanto le banche dati che offrano una particolare selezione dei materiali o siano il risultato delle scelte creative dell'autore accedano, in teoria, alla tutela offerta dal diritto d'autore, in pratica, l'esistenza di una banca dati creativa è estremamente rara. Da un lato, come si è detto, gli investimenti e una quantità anche significativa di *skill and labour* non sono considerati requisiti sufficienti per accedere alla protezione offerta dal diritto d'autore. Dall'altro lato, con l'avvento dei *big data*, la tendenza delle imprese è sempre più quella di raccogliere *tutti* i dati che sono in grado di ottenere, senza adottare un particolare approccio o una strategia predeterminata. Di conseguenza, le banche dati sono spesso il prodotto di considerazioni esclusivamente tecniche, che non lasciano spazio, come rilevato dalla Corte di giustizia europea, alla libertà creativa dell'autore⁶².

Inoltre, anche nei casi in cui la banca dati riesca ad ottenere la qualificazione di opera creativa, l'oggetto di tutela rimane la sola "struttura" della banca dati in relazione alla determinata selezione o disposizione di contenuti (i dati). La tutela non ricomprende mai ai contenuti – i dati – in quanto tali⁶³. Sono chiari in questo senso sia i trattati internazionali, sia la normativa europea, nei quali si legge espressamente che la protezione «non si estende ai dati o ai materiali in quanto tali»⁶⁴. L'ambito di applicazione del diritto d'autore sui *database* è pertanto limitato alla sola architettura originale della banca dati e l'estrazione di contenuti (dati) senza che ci sia un'appropriazione delle modalità di selezione o predisposizione del materiale non configura una violazione del diritto d'autore.

⁶² F. Banterle, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali nei big data tra privacy e proprietà intellettuale*, in *AIDA*, 2016, 589 ss. Sull'originalità di una banca dati si veda anche S. Lavagnini, *Commento agli articoli 64 quinquies-64 sexies*, in L.C. Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2019, 1876.

⁶³ P. Auteri et al., cit., 208 e 590.

⁶⁴ Cfr. Art. 7, direttiva 96/9/CE, cit.

3.2.3 *Il diritto del costituutore della banca di dati (o diritto sui generis)*

La difficoltà di proteggere mediante il diritto d'autore la maggior parte delle banche dati – che spesso mancano di soddisfare il requisito della creatività – ha spinto le istituzioni europee ad introdurre un regime in grado di tutelare anche quelle raccolte di dati che non siano sufficientemente creative da poter essere considerate suscettibili di tutela ai sensi della legge sul diritto d'autore ma rappresentino comunque un investimento per l'impresa che le realizza, allo scopo di stimolare, in Europa, lo sviluppo delle c.d. "Information Technologies"⁶⁵.

All'interno della direttiva 96/9/CE si rinviene dunque un sistema a due livelli: un primo livello di tutela per tutte le banche dati, anche quelle che non raggiungono lo standard minimo di originalità richiesto ma che siano comunque il risultato di un investimento, e un secondo livello di tutela, mediante diritto d'autore, esclusivamente rivolta ai *database* "originali"⁶⁶.

Oggetto della tutela del diritto *sui generis* che sorge in capo al "costituutore" della banca di dati non è più quindi la creatività ma l'investimento, ovvero l'impiego di risorse che il soggetto "costituutore" deve effettuare per creare la banca dati⁶⁷. Anche in questo caso, per essere meritevole di tutela, la normativa richiede tuttavia che l'investimento nella banca dati risponda a determinate caratteristiche. In particolare, ai sensi dell'articolo 7 della direttiva, deve essere un investimento «umano, tecnico o finanziario» e l'apporto della risorsa deve essere stato rilevante nella creazione del database. I requisiti richiesti quindi sono principalmente due: da un lato, la sostanzialità dell'investimento; dall'altro lato, che l'investimento ricada in una delle tipologie elencate dalla normativa.

Ora, la "rilevanza" dell'apporto è da intendersi sia in termini qualitativi (quale può essere l'esperienza del professionista), sia in termini quantitativi (utilizzo di risorse finanziarie, tempo, sforzi, energia). L'investimento sostanziale dev'essere inoltre finalizzato al «conseguimento», alla «verifica» o alla «presentazione» dei dati⁶⁸. Più nel dettaglio, il conseguimento comprende tutte le attività di raccolta e acquisizione dei dati che comporranno il *database*; la verifica si riferisce all'aggiornamento e all'analisi dei dati presenti nella banca dati; mentre la presentazione riguarda le operazioni di digitalizzazione della banca dati (ad esempio attraverso la scannerizzazione dei documenti analogici da inserire nel *database*, la

⁶⁵ Sull'inefficacia della direttiva nel perseguire lo scopo prefissatosi si rinvia a P.B. Hugenholtz, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in S. Frankel and D. Gervais (a cura di), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, in *Information Law Series*, The Hague, 2016, 205 ss.

⁶⁶ Di cui *infra* al § 3.2.2.

⁶⁷ A. Ottolia, cit., 57; C. Sappa, *How data protection fits with the algorithmic society via two intellectual property rights a comparative analysis*, in *JJPLP*, 2019, 14, 415.

⁶⁸ S. Lavagnini, *Commento all'art. 102ter*, cit., 1876.

creazione di un Thesaurus o la predisposizione di interfacce utenti). Alla luce di questa classificazione, una decisione della Corte federale tedesca ha suggerito che lo standard di “investimento sostanziale” non sia in realtà particolarmente elevato, ritenendo che qualsiasi investimento in una banca dati che «oggettivamente considerato [...] non [sia] assolutamente insignificante e facilmente effettuabile da chiunque»⁶⁹ sia sufficiente per accedere alla tutela.

Il fatto che il diritto *sui generis* protegga anche l'investimento inizialmente operato per la raccolta e l'acquisizione dei dati ha fatto ipotizzare, in una prima fase, che si potesse ricomprendere nella tutela anche l'investimento effettuato per le attività di “produzione” e “generazione” dei dati⁷⁰. Tuttavia, con quattro storiche sentenze⁷¹, tutte concernenti l'utilizzo non autorizzato da parte di società di scommesse del calendario degli eventi sportivi, la Corte di giustizia europea ha precisato che il diritto *sui generis* sulle banche dati non protegge mai gli investimenti effettuati nella *generazione* dei dati. L'investimento tutelabile consiste unicamente nelle risorse impiegate per la ricerca e la conseguente raccolta di dati già esistenti, ma non copre le risorse utilizzate per la produzione dei contenuti stessi del *database*. La Corte giustifica questa interpretazione sostenendo che l'obiettivo della protezione del diritto *sui generis* è quello di promuovere la realizzazione di sistemi di conservazione e trattamento per le informazioni esistenti, non invece di tutelare la creazione di ulteriore materiale, anche se questo possa poi diventare il contenuto di una banca dati.

Quello che quindi, a prima vista, sembrerebbe essere uno strumento utilizzabile per la protezione dei dati non personali, in particolare i dati *machine-generated*, si rivela invece, ad una più attenta valutazione, un'arma spuntata. Secondo alcuni, l'accesso a questo tipo di tutela dipende dalla definizione che si attribuisce al concetto di “produzione” dei dati⁷². Per esempio, le informazioni riguardanti la calendarizzazione delle corse di cavalli sono state ritenute dalla Corte di giustizia dati “prodotti” non tutelabili, allo stesso modo anche la programmazione dei voli aerei automaticamente generata da un *software* non ricadrebbe nell'ambito di protezione *sui generis*⁷³. Tuttavia, la Corte d'appello di Inghilterra e Galles ha ritenuto che i dati “osservati” (ad esempio il numero di goal di una partita) non

⁶⁹ Bundesgerichtshof, 1 Dicembre 2010, caso I ZR 196/08.

⁷⁰ Sul problema dell'investimento si veda, *ex multis*, A. Ottolia, cit., 77 ss.

⁷¹ Sentenza della Corte del 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, causa C-46/02; sentenza della Corte del 9 novembre 2004, *British Horseracing Board*, causa C-203/02; sentenza della Corte del 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, causa C-338/02; sentenza della Corte del 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, causa C-444/02; per un'analisi della vasta casistica si rinvia a V. Falce, *L'insostenibile leggerezza delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 377 ss.

⁷² Sul punto sempre A. Ottolia, cit., 77 ss.

⁷³ Si veda ancora M. Davison, P.B. Hugenholtz, *Football Fixtures, Horse Races and Spin-offs: the ECJ Domesticates the Database Rights*, in *EIPR*, 2005, 113 ss.

possano classificarsi semplicemente come dati prodotti, in quanto sono rilevazioni di fatti. In questo contesto, si potrebbe ritenere che anche i dati raccolti da sensori configurino un'ipotesi di dati "osservati", ovvero rilevazioni di fatti, e non semplicemente "prodotti", e che gli investimenti impiegati per la loro rilevazione potrebbero essere fatti valere ai fini dell'applicazione del diritto *sui generis*⁷⁴. Al momento, tuttavia, non pare essere questa la posizione della giurisprudenza, non essendovi pronunce in tal senso.

In conclusione, il diritto *sui generis* sulle banche dati protegge le raccolte di dati o altri materiali indipendenti, disposti in maniera sistematica o metodica, per la cui costituzione siano stati effettuati specifici investimenti⁷⁵. Tuttavia, anche ammettendo che gli investimenti effettuati per la produzione dei *machine-generated data* possano essere conteggiati tra gli investimenti meritevoli di protezione, la tutela delle banche dati costituite da dati-macchina aggregati ripropone le medesime criticità riscontrate con riferimento alla tutela delle banche dati mediante diritto d'autore. Come si è ricordato, l'avvento dei *big data* ha determinato una raccolta generalmente disorganizzata di dati, che vengono accumulati in modo non sistematico, per poi essere analizzati all'occorrenza. L'assenza di sistematicità o metodicità nei *database* di *machine-generated data* impedisce quindi, il più delle volte, che raccolte di dati di questo tipo possano essere protette dal diritto *sui generis*, mancando un investimento meritevole di tutela alla base.

Inoltre, è la stessa direttiva che, ancora una volta, ribadisce come il diritto *sui generis* non possa costituire un'estensione del diritto proprietario d'autore su «meri fatti o dati» e dunque che «non dovrebbe portare alla creazione di un nuovo diritto sulle opere, sui dati o sui materiali in quanto tali»⁷⁶. Ciò a significare che, in ogni caso, la tutela *sui generis* non è in grado di offrire protezione ai dati in sé e per sé considerati anche quando siano all'interno di una banca di dati protetta dal diritto *sui generis*⁷⁷.

3.3. *La disciplina del segreto commerciale*

Una forma di protezione che negli anni è diventata sempre più rilevante – anche ai fini della protezione dei dati – è quella offerta dal segreto commerciale⁷⁸. Le informazioni e le conoscenze che un'impresa acquisisce nel corso del tempo,

⁷⁴ Sul punto si rinvia a *Football Dataco e a. v. Yahoo e a.*, cit., §§ 20-69.

⁷⁵ E. Derclaye, *Database "Sui Generis" Right: Should we Adopt the Spin Off Theory?*, in *EIPR*, 2004, 402 ss.

⁷⁶ Considerando 4, direttiva 96/9/CE, cit.

⁷⁷ In tal senso, F. Banterle, *Brevi cenni*, cit., 589 s.; sul punto si veda anche H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, in A. de Franceschi (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, 2016, Cambridge, 73 s.

⁷⁸ Per una panoramica dell'evoluzione dell'istituto si rinvia a S. Serafini, *Luci ed ombre della nuova disciplina sul segreto commerciale*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1329 ss.

e che entrano a far parte del cosiddetto *know how* aziendale, rappresentano infatti uno dei principali *asset* competitivi di cui l'impresa dispone. Si ritiene dunque quindi che garantire all'impresa una privativa sul suo patrimonio informativo equivalga a proteggere non solo un significativo investimento di tempo e denaro ma anche una delle sue risorse più preziose.

La normativa sul segreto commerciale, recentemente riformata ad opera della direttiva (UE) 2016/943 sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate⁷⁹, non tutela però qualsiasi tipo di informazione posseduta da un'impresa ma soltanto quelle tipologie che soddisfano una serie tassativa di caratteristiche. Per essere considerate "segreto commerciale" le informazioni devono innanzitutto essere "segrete", nel senso che non devono essere generalmente note o facilmente accessibili a persone che trattano quella tipologia di informazioni. Devono inoltre avere un "valore commerciale" proprio in virtù della loro segretezza. Infine, la segretezza deve essere attivamente mantenuta da parte di colui che ha un controllo sulle informazioni mediante l'adozione di adeguate misure di sicurezza⁸⁰.

Ebbene, la normativa sul segreto commerciale è forse tra le poche a garantire una tutela effettiva ai dati come singole unità di informazione, in sé e per sé considerate⁸¹, anche se non risolve il problema della titolarità. Infatti, essa non conferisce un vero diritto di esclusiva, quanto una difesa contro l'appropriazione del segreto da parte di terzi⁸². A ciò si aggiunga che le condizioni richieste per garantire alle informazioni questa forma di protezione – la segretezza, il valore economico che discende dalla segretezza e l'implementazione di misure di controllo adeguate – sono difficilmente conciliabili con l'uso sia di *machine-generated data* sia, più in generale, dei dati contenuti nei *database* aziendali. Il requisito della "segretezza", infatti, sebbene possa trovare applicazione con riferimento ai dati generati da macchinari industriali, è raramente giustificabile quando i dati rilevati da sensori o altri dispositivi riguardino fenomeni del mondo esterno, potenzialmente acquisibili da chiunque sia tecnicamente in grado di farlo. Inoltre, considerando che il valore economico dei *big data* è legato proprio alla modalità aggregata e massiva con cui l'informazione è raccolta e conservata, è molto complesso calcolare il valore commerciale del singolo dato considerato. Sarebbe poi forse anco-

⁷⁹ Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, in *GUUE* del 15 giugno 2016, L 157/11.

⁸⁰ Sui requisiti, e più in generale sulla direttiva sul segreto commerciale, si rinvia a A. Chiabotto, M. Venturello, *La protezione dei segreti commerciali: la Direttiva UE 2016/943*, in *Contr. e impresa eur.*, 2016, 775 ss. Per un'analisi, anche rispetto allo standard degli Stati Uniti, si rinvia a C. Sappa, cit., 410 s.

⁸¹ A. Ottolia, cit., 43 ss.

⁸² W. Kerber, *A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis*, in *GRUR Int.*, 2016, 11, 994.

ra più difficile provare l'esistenza di un effettivo nesso di causalità tra la segretezza dell'informazione e il suo effettivo valore. Questo tanto più oggi che il valore dell'informazione non è più determinato dal mero possesso di grandi quantità di dati, quanto piuttosto dalla possibilità di utilizzare *tool* di analisi che traducono quella massa di informazioni in conoscenza concretamente utilizzabile. Infine, con riferimento al requisito che impone l'adozione di idonee misure di sicurezza, è la stessa norma a non essere sufficientemente chiara, rendendo problematico valutare non solo quali misure di sicurezza possano considerarsi adeguate ma anche chi siano i soggetti tenuti alla loro implementazione.

4. *La proposta di adozione di un diritto (di proprietà) per il produttore di dati*

Le soluzioni avanzate per identificare la titolarità dei dati rendono evidente l'attuale carenza, dal punto di vista di chi genera, raccoglie, archivia e usa i dati, di strumenti che rispondano realmente alle esigenze dell'attività imprenditoriale. I caratteri di attività inventiva e industrialità richiesti dalla tutela brevettuale impediscono di tutelare i dati, anche se prodotti da macchine o processi brevettati. La tutela mediante diritto d'autore, per quanto presenti maggiori margini di inclusione, necessita che siano rispettati i requisiti di originalità che difficilmente incontrano le moderne caratteristiche dei *big data*. La tutela *sui generis* sulle banche di dati, pur dispensando dal requisito di originalità e chiedendo unicamente la prova di un sostanziale investimento, non riesce comunque ad assicurare la protezione invocata. Inoltre, sia la tutela autoriale, sia quella *sui generis* non hanno mai ad oggetto i dati in quanto tali, ma sempre la struttura entro cui i dati sono aggregati, cioè la banca dati. La tutela del segreto commerciale, infine, sebbene sia tra le poche privative che, considerando il dato come informazione a sé stante, offre una forma di protezione, pone delle condizioni che difficilmente si conciliano con le modalità di produzione e conservazione dei dati-macchina.

Da questo tipo di considerazioni nasce la proposta di introdurre *ex novo* uno strumento che istituisca una tutela *ad hoc* per i produttori di dati, garantendo loro specifici diritti sui dati⁸³. L'esigenza è stata recepita dalla Commissione europea che ha avanzato l'introduzione di un diritto proprietario sui «dati non personali o anonimizzati generati da macchine», che fosse indipendente dal possesso dei requisiti di originalità (del diritto d'autore) e di investimento sostanziale (della

⁸³ Per un'analisi dettagliata si rinvia alla proposta di H. Zech, *Data as a Tradeable Commodity*, cit., 74 ss.; H. Zech, *A Legal Framework*, cit., 460 ss.

tutela *sui generis*)⁸⁴. Una proposta di tutela limitata quindi ai soli dati non personali, in particolare ai *machine-generated data*.

In questo contesto, titolare del diritto sarebbe il proprietario o l'utilizzatore a lungo termine (quale locatario) del dispositivo. Al produttore sarebbe garantito il diritto di utilizzo esclusivo sui dati generati, nonché il diritto di concludere licenze d'uso per il loro utilizzo, dietro il corrispettivo di un prezzo. Il diritto inoltre sarebbe trasferibile, eventualmente dietro corrispettivo, in capo a terzi⁸⁵.

La Commissione sottolinea tuttavia la necessità che siano chiaramente individuate le eccezioni a tale diritto di esclusiva, in particolare con riferimento all'accesso non esclusivo ai dati concesso al fabbricante o alle autorità pubbliche, ad esempio per la gestione del traffico o per motivi ambientali⁸⁶.

Le imprese che sostengono la proposta della Commissione evidenziano come l'introduzione di tale diritto proprietario, creando certezza giuridica sulla titolarità del dato, ne incentiverebbe il riutilizzo e lo scambio, dando nuova linfa al mercato e alla produzione di dati. Dall'altro lato, mostrano anche che l'allocazione certa della titolarità dei dati in capo ai produttori impedirebbe che i grandi colossi non europei (come Google, Uber o Tesla) possano appropriarsi e beneficiare indebitamente del valore dei dati dei cittadini europei, sfruttando la loro attuale posizione di dominanza nel mercato dei dati⁸⁷.

Tali spiegazioni non sono però condivise da tutti. Quanti si sono opposti all'inserimento di un diritto del produttore dei dati hanno infatti rimarcato come non ci siano reali evidenze a sostegno dei problemi sopra indicati⁸⁸. Non sembra infatti che manchino incentivi nella produzione dei dati, tanto più che il mercato di scambio e utilizzo dei dati-macchina si sta progressivamente espandendo e il valore dei dati cresce esponenzialmente. Inoltre, l'introduzione di un diritto di esclusiva in capo ai produttori di dati porta con sé numerose criticità⁸⁹. In primo luogo, la velocità a cui oggi vengono generati e consumati i dati li rende un oggetto di protezione instabile. Ciò renderebbe di conseguenza incerto l'ambito di applicazione della nuova materia e invece di fornire certezza giuridica agli operatori contribuirebbe ad aumentare le perplessità. In secondo luogo, anche la titolarità del dato rimarrebbe in fondo incerta. Per quanto la proposta individui il produt-

⁸⁴ Comunicazione della Commissione, «Costruire un'economia dei dati europea», cit., 13.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ A. Wiebe, *Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?*, in *JIPLP*, 2017, 12, 67.

⁸⁸ J. Drexel et al., *Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10, 2016, 3; P.B. Hugenholtz, *Against "Data Property"*, in H. Ullrich, P. Drahos, G. Ghidini (a cura di), *Kritika: Essays on Intellectual Property*, 2018, 48 ss.

⁸⁹ Si veda anche F. Banterle, *The Interface between Data Protection and IP Law*, cit., 2016, 438; M. Compagnucci, *Big Data Databases and "Ownership" – Rights in the Cloud*, Berlin, 2020, 299.

tore nel «proprietario o utilizzatore a lungo termine», rimane tuttavia non chiaro quale dei due soggetti debba prevalere qualora esistano entrambi. Avrebbe poi davvero senso considerare un soggetto o un'impresa produttore se i dati vengono in realtà generati da macchine in maniera autonoma? Una terza e significativa criticità viene infine riscontrata nella rischiosa sovrapposizione tra questo nuovo diritto e i diritti (già esistenti) d'autore e *sui generis*. Il risultato sarebbe una stratificazione di più livelli di protezione per le creazioni generate da macchine e potrebbe pregiudicare la piena applicazione delle eccezioni e delle libere utilizzazioni previste dal diritto d'autore (in particolare quella relativa alle operazioni di *data mining*⁹⁰), nonché più in generale minare lo sviluppo e il progresso scientifico.

È stato inoltre osservato come l'adozione di un diritto di proprietà in capo al produttore dei dati, pur essendo pensato per incentivare il mercato dei dati, correrebbe invece il rischio di rendere particolarmente difficile il *licensing* dei dati aggregati – ovvero quelli che sono costituiti da dati detenuti da diversi produttori – poiché aumenterebbe fortemente i costi di transazione causati dalla necessità di acquisire i diritti da diversi soggetti terzi. Peraltro, ottenere la licenza dai singoli produttori di dati non equivarrebbe all'ottenimento dell'accesso ai dati aggregati, essendo questi qualcosa di più rispetto alla somma dei singoli *dataset* che li compongono poiché sono generati all'interno di sistemi complessi, come nel caso delle *smart home* o dei veicoli a guida autonoma⁹¹. Si consideri, ad esempio, che nell'ipotesi della guida automatizzata o autonoma, i dati vengono generati e analizzati attraverso successivi processi di *data analysis*, durante i quali il computer di bordo non attinge solo ai dati generati dal veicolo all'interno del quale si trova, ma anche a dati forniti da fonti esterne. La generazione e l'analisi dei dati avviene quindi all'interno di una ben più complessa rete, composta da molteplici attori, che contribuiscono tutti alla generazione di ulteriori dati e alla creazione del valore economico complessivo. In queste ipotesi, si potrebbe ovviare ai costi di transazione che derivano dall'acquisizione dei dati aggregati solo se si individuasse nel conducente o nel proprietario del veicolo l'unico titolare di tutti i dati raccolti ed elaborati dal computer di bordo. Ciò non si giustifica, tuttavia, né dal punto di vista tecnico né da quello economico, poiché non prende in considerazione il fatto che molti dei dati presenti in un veicolo sono collegati a – o si basano su – dati esterni, che sono nella sfera di controllo di soggetti terzi⁹².

⁹⁰ Per una comprensiva disamina dell'eccezione di *data mining* si rinvia a R. Caso, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, Trento LawTech Research Paper nr. 38, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3533401>.

⁹¹ J. Drexler, *Data Access and Control*, cit., 4; W. Kerber, *Governance of Data: Exclusive Property vs. Access*, in *IIC*, 4 2016, 7, 759 ss.

⁹² J. Drexler, *Data Access and Control*, cit., 5.

5. *Dalla proprietà dei dati all'accesso nella recente Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati*

Tra le varie voci che si sono levate contro la creazione di un diritto di proprietà sui dati, alcune hanno anche proposto, come valida alternativa a questo, la creazione di un diritto di accesso ai dati, considerato maggiormente in linea con le modalità con cui i dati sono generati⁹³, in particolare all'interno di sistemi complessi⁹⁴. E in effetti la Commissione europea, nella recente Comunicazione sulla strategia europea dei dati⁹⁵, sembra proprio prendere la direzione dell'accesso e della condivisione. In particolare, il tema della titolarità dei dati come presupposto per agevolarne l'accesso e la condivisione sembra essere superato *in toto* dalla ricerca di quei meccanismi che possano, nella pratica e indipendentemente dalla titolarità, favorire l'accesso e la condivisione.

Nella Comunicazione in esame la Commissione ricorda che l'Europa intende avvalersi dei vantaggi che derivano da un migliore utilizzo dei dati, tra cui si annoverano non solo una maggiore produttività e mercati più competitivi, ma anche miglioramenti in termini di salute e benessere, ambiente, servizi pubblici maggiormente convenienti e una *governance* più trasparente⁹⁶. La strategia studiata per trarre il massimo vantaggio dai dati si articola in una serie di misure che costituiscono un approccio globale all'economia dei dati e sono finalizzate ad aumentare l'uso e la domanda di dati e di prodotti e servizi abilitati dai dati in tutto il mercato unico. L'obiettivo ultimo della strategia è quindi quello di aumentare la disponibilità di dati creando uno spazio unico europeo per i dati – un vero e proprio mercato unico dei dati, aperto ai dati provenienti da tutto il mondo – in cui i dati personali e non personali, tra cui anche i dati sensibili aziendali, siano sicuri, e le imprese abbiano accesso a una quantità pressoché infinita di dati industriali di alta qualità⁹⁷. All'interno di questo spazio unico europeo, il diritto dell'UE deve essere applicato in modo efficace e tutti i prodotti e i servizi basati sui dati devono essere conformi alle norme dell'UE. A tal fine, l'UE deve combinare una legislazione e una *governance* adeguate a garantire la disponibilità dei dati, con investimenti in standard, strumenti e infrastrutture e competenze per la gestione dei dati⁹⁸.

⁹³ Sul punto, in particolare, J. Drexel et al., *Data Ownership and Access to Data*, cit., 8 ss.; W. Kerber, *Rights on Data: The EU Communication 'Building a European Data Economy' From an Economic Perspective*, in S. Lohsse, R. Schulze, D. Staudenmayer (a cura di), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Milano, 2017, 109 ss.

⁹⁴ J. Drexel, *Data Access and Control*, cit., 5.

⁹⁵ Comunicazione della Commissione, «Una strategia europea per i dati», cit., 12 ss.

⁹⁶ Id., 1.

⁹⁷ Id., 4.

⁹⁸ Id., 5.

In particolare, la strategia si articola in quattro pilastri: (i) l'introduzione di un sistema di governance orizzontale per l'accesso e l'uso dei dati⁹⁹; (ii) l'adozione di una serie di azioni di investimento finalizzate a rafforzare la capacità e le infrastrutture dell'Unione necessarie al trattamento dei dati¹⁰⁰; (iii) lo sviluppo di competenze nel settore dei dati, volte sia ad accrescere il controllo degli individui in relazione ai propri dati ma anche a generare maggior *data literacy* tra i cittadini europei e le piccole medie imprese europee¹⁰¹; e (iv) la creazione, in maniera complementare allo spazio comune europeo orizzontale per i dati, di spazi settoriali, in campi particolarmente strategici e in relazione ad aree di pubblico interesse¹⁰².

Particolarmente significativi per il tema di questo scritto sono il primo e l'ultimo pilastro, poiché evidenziano la scelta delle istituzioni europee di superare il tema della titolarità dei dati per dedicarsi a quello dell'accesso e della condivisione tramite strumenti che variano a seconda della natura dei dati e del soggetto che ne ha la disponibilità.

In particolare, al fine della creazione di un sistema di governance orizzontale per l'accesso e l'uso dei dati – come richiesto dal primo pilastro – la Commissione articola tre diverse azioni. In primo luogo prevede l'introduzione, entro la fine del 2020, di un quadro legislativo per la governance degli spazi comuni europei di dati. Le misure di prossima adozione dovrebbero agevolare la decisione su quali dati possono essere utilizzati e in quali situazioni, facilitare l'uso transfrontaliero dei dati e rendere prioritari i requisiti e gli standard di interoperabilità all'interno di specifici settori e tra settori diversi, tenendo conto della necessità che le autorità settoriali specificchino ulteriormente i requisiti cui ciascun settore deve far riferimento¹⁰³. In secondo luogo, al fine di aumentare il volume di dati pubblici disponibili per il riuso, la Commissione avvierà la procedura per l'adozione, nel 2021, di un atto di esecuzione relativo ai *dataset* di dati di alto valore¹⁰⁴. In linea con quanto previsto nella direttiva sui dati aperti¹⁰⁵, l'obiettivo è quello di rendere disponibili tali bacini di dati in tutta l'UE gratuitamente, in formato leggibile e attraverso interfacce di programmazione standardizzate. In terzo luogo, la Commissione prevede l'adozione di un "Data Act", sempre nel 2021, finalizzato a promuovere la condivisione dei dati, sia tra imprese e governi nei casi in cui vi sia un interesse pubblico da soddisfare, sia tra privati, affrontando così il nodo dei diritti d'uso per i dati che sono generati da diversi operatori (come nel caso dell'inter-

⁹⁹ Id., 12 ss.

¹⁰⁰ Id., 15 ss.

¹⁰¹ Id., 20 ss.

¹⁰² Id., 21 ss.

¹⁰³ Id., 12.

¹⁰⁴ Id., 13.

¹⁰⁵ Direttiva (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati, cit.

net degli oggetti o in ambito industriale), normalmente gestito in via contrattuale. Il principio generale è infatti quello di facilitare la condivisione *volontaria* dei dati, mentre i casi di accesso obbligatorio dovranno essere specificati e collegati a circostanze specifiche che lo rendano necessario, e in ogni caso dovranno avvenire a condizioni eque, trasparenti, ragionevoli, proporzionate e/o non discriminatorie. Infine, la Commissione si propone anche di valutare il quadro dei diritti di proprietà intellettuale al fine di migliorare ulteriormente l'accesso e l'utilizzo dei dati. In particolare, è verosimile un'eventuale revisione della direttiva sulle banche dati e un chiarimento sull'applicazione della direttiva sulla protezione dei segreti commerciali¹⁰⁶.

In maniera complementare al primo pilastro, il quarto prevede l'introduzione di una serie di spazi comuni europei per specifiche categorie di dati presenti nei settori economici strategici e nei settori di interesse pubblico. Il criterio di selezione è che i "domini" prescelti siano quelli in cui l'uso dei dati avrà un impatto sistemico sull'intero ecosistema, e quindi sui cittadini¹⁰⁷. Il quadro orizzontale precedentemente descritto sarà poi integrato da norme di settore e saranno introdotti meccanismi finalizzati a garantire l'interoperabilità dei dati tra i vari settori. Le differenze tra i settori dipenderanno dalla maturità della discussione (si consideri, ad esempio, i passi già fatti nel settore della pubblica amministrazione) e dai problemi individuati in merito alla disponibilità dei dati in una particolare area (si consideri, sempre a titolo di esempio, la presenza di dati sensibili in ambito sanitario). Un altro fattore rilevante è anche il grado di interesse e di coinvolgimento del pubblico in un determinato settore, che potrebbe essere più elevato in quello, ad esempio, sanitario e più basso in altri, come quello manifatturiero. In particolare, la Commissione individua nove spazi comuni, tra cui si annoverano i settori mobilità, sanitario, manifatturiero, finanziario, agricolo e della pubblica amministrazione¹⁰⁸.

6. *Una prima conclusione*

La Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati rappresenta un profondo cambiamento nell'approccio delle istituzioni europee al tema della disponibilità dei dati: non si parla infatti più di titolarità dei medesimi ma di meccanismi per incentivarne l'accesso e la condivisione.

¹⁰⁶ Comunicazione della Commissione, «Una strategia europea per i dati», cit., 13.

¹⁰⁷ Id., 21.

¹⁰⁸ Id., 23.

In linea con questo cambiamento, anche i diritti proprietà intellettuale hanno visto mutare il loro ruolo. Da strumenti che, nel conferire titolarità, potevano agevolare il trasferimento dei dati e, più in generale, creare certezza¹⁰⁹, diventano possibili ostacoli all'accesso e alla condivisione dei dati. Invero, la Commissione stabilisce tra gli obiettivi della strategia anche quello di valutare il quadro dei diritti della proprietà intellettuale, al fine di migliorare ulteriormente l'accesso e l'utilizzo dei dati, considerando in particolare una possibile revisione della direttiva sulle banche dati e un possibile chiarimento con riguardo all'applicazione della direttiva sulla protezione dei segreti commerciali¹¹⁰.

Questo cambiamento di paradigma può essere accolto con favore. Più voci si erano infatti levate sia contro la creazione di un diritto di proprietà intellettuale sui dati¹¹¹, sia contro l'estensione del diritto di proprietà ai dati¹¹², sottolineando invece la necessità di aumentare le possibilità di circolazione, accesso e condivisione dei dati per un'effettiva crescita di un'economia basata sugli stessi. Procedendo quindi per obiettivi, la Commissione mostra l'intenzione di concentrarsi sulla promozione dell'innovazione, della competitività e sullo sviluppo dell'intelligenza artificiale e a tal fine ritiene prioritario incrementare l'accesso e la condivisione dei dati, indipendentemente dalla titolarità dei medesimi, e adotta, di conseguenza, specifici strumenti che agevolino queste operazioni.

Tuttavia, ci sono almeno due elementi che, se non attentamente considerati, rischiano di minare l'efficacia della strategia europea sui dati, e conseguentemente, degli strumenti di prossima adozione.

In primo luogo, si pone il problema di coordinare l'accesso e la condivisione con le norme a protezione dei dati personali. I bacini di dati che sono infatti necessari per lo sviluppo di un'economia e una società basata sui dati sono nella maggior parte dei casi *dataset* misti¹¹³, che contengono quindi dati personali e non personali¹¹⁴. Se offrire l'accesso e la condivisione di dati non personali potrebbe, in linea di principio, essere un'operazione semplice, lo stesso non può dirsi nel caso dei dati personali, che sono oggetto di disciplina all'interno del RGPD. Diviene quindi fondamentale che chi offre l'accesso ai dati e ne promuove la condivisione sia in grado di agire nel rispetto del RGPD, la cui sfera di operatività è particolarmente ampia. La "pervasività" del RGPD deriva, sostanzialmente, da due fat-

¹⁰⁹ Comunicazione della Commissione, «Costruire un'economia dei dati europea», cit., 11 ss.

¹¹⁰ Comunicazione della Commissione, «Una strategia europea per i dati», cit., 13.

¹¹¹ Si vedano, *inter alios*, W. Kerber, *A New (Intellectual) Property Right*, cit.; F. Banterle, *The Interface Between Data Protection and IP Law*, cit.; D. Gervais, cit.; J. Drexler, *Designing Competitive Markets*, cit.

¹¹² Si vedano, *inter alios*, W. Kerber, *Rights on Data*, cit.; P.B. Hugenholtz, *Against "Data Property"*, cit.; F. Banterle, *Brevi cenni sulla titolarità dei dati comportamentali*; cit.; J. Drexler, *Data Access and Control*, cit.

¹¹³ Per una definizione di dati misti e l'importanza che essi rivestono nella pratica si veda la «Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data», cit., sezione 2.2.

¹¹⁴ Sul punto si veda, *infra*, § 2.

tori¹¹⁵. Per un verso, la nozione di dato personale è particolarmente estesa e tende a ricomprendere sia tutte le informazioni che siano relative ad un individuo o che incidano nella sfera personale di un individuo, sia quelle informazioni che se anche non hanno natura personale oggi, potrebbero averla in futuro¹¹⁶. Per altro verso, quando un insieme di dati è misto, ovvero annovera dati personali e non – e i primi non sono scindibili dai secondi – si applica a tutti i dati il RGPD, anche se i dati personali rappresentano una minima quantità dell'insieme¹¹⁷. In sostanza, manca nell'ordinamento europeo una definizione di dato non personale, che permetta di identificare in maniera positiva un insieme di dati per i quali è prioritario rispetto a qualsiasi altro interesse quello dell'accesso e della condivisione.

In secondo luogo, l'assenza di un'esplicita titolarità dei dati genera il problema della responsabilità allorquando, nel corso di operazioni di accesso e condivisione, si verificano degli eventi che possano causare un danno¹¹⁸. Nel momento in cui si procede a fornire accesso, o a condividere i dati di cui si ha la disponibilità, si può verificare il problema della *qualità* dei dati in termini di correttezza e aggiornamento, o – nell'ipotesi in cui parte dei dati siano stati raccolti – della *liceità* della raccolta, o ancora, della presenza di *bias* nei dati utilizzati per alimentare gli algoritmi che prendono decisioni in maniera autonoma¹¹⁹.

Ora, mentre le istituzioni europee si stanno concentrando sul tema della responsabilità nel caso di *data breach*¹²⁰ da un lato, e danni causati da sistemi autonomi¹²¹ dall'altro lato, al momento non pare abbiano previsto di intervenire in maniera organica sul tema dell'allocazione della responsabilità nel caso di

¹¹⁵ Sulla nozione di dato personale si rinvia a M.L. Montagnani, cit., 306 s.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Comunicazione della Commissione, «Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data», cit. 309.

¹¹⁸ Mentre le istituzioni europee non hanno ancora affrontato lo specifico tema della responsabilità nel caso di accesso e condivisione dei dati, stanno considerando il tema della responsabilità nel più ampio contesto delle *emerging digital technologies*. Si veda il recente «Libro Bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia» (Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf), ove la Commissione individua una serie di rischi per il funzionamento efficace del regime di responsabilità (13 ss.). Un documento in cui il tema della responsabilità in relazione ai dati emerge con maggior chiarezza è il «Report on Liability for Artificial Intelligence and other Emerging Digital Technologies», redatto dal gruppo di esperti europeo su «Liability and New Technologies – New Technologies Formation» (2019, 59 <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608>), ove si prende in considerazione il tema della responsabilità per danni causati ai dati utilizzati nello sviluppo dell'intelligenza artificiale.

¹¹⁹ Per l'analisi del problema dei *bias* nei processi di *decision-making* si veda G. Comandé, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra «liability» e «accountability»*. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità, in *AGE*, 2019, 169 ss.

¹²⁰ Artt. 33 e 34 del Regolamento (UE) 2016/679, cit.

¹²¹ Con il «Libro Bianco sull'intelligenza artificiale», cit., 14 ss., le istituzioni europee hanno aperto una consultazione pubblica sulle scelte di policy che devono essere prese al fine di adottare un approccio completo allo sviluppo dell'intelligenza artificiale in Europa, all'interno del quale si prende in considerazione anche la responsabilità per danni causati da sistemi autonomi.

accesso e condivisione dei dati¹²², pur avendo individuato il tema della responsabilità come uno degli elementi di un'efficace *governance* delle operazioni di condivisione dei dati fra i privati e il settore pubblico (c.d. *B2G data-sharing*)¹²³.

In conclusione, la strada intrapresa dalle istituzioni europee verso un incremento dell'accesso e della condivisione dei dati, tramite l'adozione sia di regole generali per queste operazioni, sia di regole specifiche che governino la creazione e il funzionamento di spazi di condivisione settoriali, richiede, per essere "praticabile", che sia messa in atto anche una serie di operazioni di raccordo. Per un verso, si rende necessaria una significativa operazione di coordinamento con le norme a tutela dei dati personali, e per altro verso, si dovrà affrontare il tema della responsabilità dei dati nelle operazioni di accesso e condivisione. Sarà quindi fondamentale che le misure che la Commissione adotterà nei prossimi cinque anni si inseriscano all'interno del quadro regolatorio dei dati in maniera coordinata e sinergica, cercando di creare un ecosistema per i dati, indipendentemente dalla natura dei medesimi e dei soggetti che ne detengono la disponibilità di fatto.

¹²² Nella Comunicazione della Commissione, «Una strategia europea per i dati», cit., 13, si rinviene un limitatissimo cenno alla necessità di chiarire, all'interno del *Data Act* di futura adozione, le regole per un responsabile uso dei dati, tra cui anche quelli in materia di responsabilità.

¹²³ High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, «Towards a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest», Final report, 2020, 25, <https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2020/02/B2GDataSharingExpertGroupReport-1.pdf>.

Dati e proprietà intellettuale in Europa: dalla “proprietà” all’“accesso”

Il lavoro affronta il tema della titolarità dei dati all'interno del mercato europeo. Nella prima parte si analizzano le diverse alternative fino ad oggi proposte ed esplorate da legislatori, giurisprudenza e dottrina nell'individuare la base giuridica che autorizza un'impresa ad usare i dati di cui ha la disponibilità. La questione della titolarità (o secondo alcuni della “proprietà”) dei dati è infatti ritenuta dalle istituzioni europee il presupposto necessario per poterne garantire l'accesso e operarne la condivisione. Nella seconda parte si volge invece l'attenzione alla recente Comunicazione della Commissione sulla strategia europea per i dati del febbraio 2020, per mostrare come a livello europeo si sia realizzato un profondo cambiamento di paradigma. Abbandonato il tema della proprietà, le istituzioni europee si concentrano su quello dell'accesso e della condivisione dei dati. Per quanto il mutamento debba essere accolto con favore, l'analisi della nuova strategia europea mostra che l'obiettivo di incrementare l'accesso e la condivisione dei dati potrà essere efficace solo se accompagnata da un'importante operazione di raccordo con le norme esistenti.

Data and intellectual property in the Europe: from “ownership” to access

The work tackles the issue of data ownership in the EU. To be able to share data, the question of data ownership must inevitably be addressed. For that reason, the first part of this article analyses the different solutions to the ownership issue, which have been proposed and explored so far by legislators, jurisprudence, and doctrine. In the second part, the focus turns to the recent Commission Communication on the European Data Strategy issued in February 2020 to demonstrate how the European institutions have realized a profound paradigm shift, abandoning the issue of ownership to focus solely on access and sharing of data. While this is a welcomed change, the analysis of the new European strategy shows that the objective of increasing data access and sharing can only be effectively achieved if accompanied by a genuine coordination to existing rules.

Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto

Sara Tommasi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti ed effettività della tutela: dal giudizio di vessatorietà delle clausole alle novità del “*New Deal*” per i consumatori. – 3. Il rilievo dell’equilibrio giuridico oltre la disciplina sulle clausole vessatorie: l’esempio del divieto del patto commissorio e dell’art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. – 4. Equilibrio economico del contratto e autonomia privata: il ruolo della proporzionalità quantitativa. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il costante ed ambizioso programma di riforma e ammodernamento del diritto europeo dei contratti dei consumatori e l’attenzione alle esigenze del contraente debole pongono sempre più in primo piano l’importanza delle problematiche relative all’equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti. Obiettivo della presente indagine è soffermarsi sulla distinzione tra equilibrio economico ed equilibrio normativo al fine di verificarne le implicazioni oltre la normativa a difesa del consumatore e, dunque, anche nell’interpretazione dei tradizionali istituti codicistici¹.

Il merito di rendere imprescindibile una più attenta riflessione sull’equilibrio giuridico si deve sicuramente alle normative di derivazione europea e principalmente a quella sulle clausole vessatorie², ove si palesa, in maniera particolarmente esplicita, che l’adeguatezza del corrispettivo tra beni e servizi non è sufficiente garanzia di tutela della parte debole del rapporto, in quanto può comunque nascondere un

¹ Su come il diritto vivente abbia via via scalfito l’«alterità» del contratto del consumatore rispetto al contratto in generale si rimanda a A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1479 ss.

² Si vedano, in particolare, M.J. Sørensen, *In the Name of Effective Consumer Protection and Public Policy!*, in *European Review of Private Law*, 2016, 791 ss.; B. Keirsbilck, *The interaction between consumer protection rules on unfair contract terms and unfair commercial practices: Perenicová and Perenic*, in *Common Market Law Review*, 2013, 247 ss.

significativo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti, ancora più dannoso di quanto possa esserlo una mera sproporzione economica tra le prestazioni³.

Vale la pena verificare se sia potuto accadere che nell'esegesi, anche dei più consueti strumenti civilistici, questi aspetti siano stati, a volte, trascurati. Per esempio, perché il patto marciano è stato considerato lecito e il patto commissorio nullo? Se ci si accontentasse di una motivazione basata sulla proporzionalità economica basterebbe rispondere che nel marciano al debitore viene restituita l'eccedenza tra valore del bene dato in garanzia e debito.

In questa sede si vuole proporre una riflessione che parta dai limiti di una lettura che enfatizzi troppo il ruolo della proporzionalità economica. Segnatamente, si intende indagare sull'opportunità di tenere distinti, per alcuni aspetti, i problemi posti dalla proporzionalità economica da quelli relativi all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti di un contratto.

Le conseguenze della prospettiva proposta potrebbero essere interessanti sia sul piano dell'effettività della tutela della parte debole del rapporto, sia sul versante di una più precisa configurazione degli spazi e dei limiti dell'autonomia dei privati. Si cercherà di dimostrare, in particolare, che i margini di disponibilità della proporzionalità economica da parte dell'autonomia privata sono più ampi rispetto ai margini di disponibilità dell'equilibrio normativo. La mancanza di tale equilibrio è vista per lo più con sospetto dall'ordinamento che, infatti, interviene, spesso, addirittura con la nullità, proprio come avviene nella disciplina relativa alle clausole vessatorie, che offre gli spunti dai quali partono le osservazioni che seguono.

2. *Equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti ed effettività della tutela: dal giudizio di vessatorietà delle clausole alle novità del "New Deal" per i consumatori*

L'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti è così centrale nella tutela del consumatore da travalicare i limiti della disciplina sulle clausole vessatorie e diventare prezioso strumento per assicurare ai contraenti una tutela effettiva.

³ A. Jannarelli, *La strutturazione giuridica dei mercati nel sistema agroalimentare e l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27: un pasticcio italiano in salsa francese*, in *Riv. dir. agr.*, 2012, 545, richiama l'attenzione sulla distinzione tra contenuto economico dello scambio e contenuto giuridico delle relazioni contrattuali «dal quale ben possono discendere assetti di interessi tra le parti profondamente diversi tra loro ed il cui effettivo squilibrio rischia di risultare "occulto" in quanto non necessariamente registrato dai segnali forti dello scambio pur sempre rappresentati rispettivamente dal bene trasferito (sua natura e qualità) e dal relativo prezzo». Sul punto Id., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari, (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, Padova, 1997, 58 ss.

Non si possono in questa sede ripercorrere le problematiche che hanno interessato uno dei primi e più significativi pilastri della normativa europea a difesa del contraente debole, ma possono porsi due punti fermi.

Il primo: nell'interpretazione della Corte di Giustizia, ripetutamente, l'effettività della tutela del consumatore è legata all'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti, equilibrio che deve essere reale e non meramente formale⁴. Il secondo: il legame tra effettività della tutela ed equilibrio tra diritti e obblighi dalle parti trova conferma nel cd. *New Deal for Consumers*, ossia nel pacchetto di nuove norme europee dedicate alla tutela dei consumatori e, per quanto interessa in questa sede, nel percorso che ha portato all'emanazione della Direttiva 2019/2161, *Amendment of Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules*⁵.

Si faranno soltanto alcuni esempi che, però, evidenziano che nell'interpretazione della Corte di Giustizia trapela una particolare attenzione ai diritti, anche processuali, del consumatore e all'equilibrio reale, e non meramente formale, della sua situazione giuridica rispetto a quella del professionista, a tal punto da ritenere effettiva la tutela del consumatore se quell'equilibrio viene ristabilito⁶. Può essere esemplificativa la sentenza della Corte di Giustizia, 14 marzo

⁴ Sul punto cfr. M.B.M. Loos, *The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?*, in *European Review of Private Law*, 2019, 113 ss.; F. Cafaggi, P. Iamiceli, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law*, 2017, 576. Sulla necessità che le norme a tutela dei consumatori siano al passo con i nuovi problemi legati ai costanti mutamenti sociali si rinvia a H.W. Micklitz, G. Saumier, *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, in H.W. Micklitz, G. Saumier (eds.), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Cham, 2018, 3 ss. Ivi si afferma che «as society changed, so has consumer law, from the consumption society to the service society and from there to the information society. Today one might go as far as to speak of a second generation of consumer laws which are more and more focusing on services and lately on digitization and even sustainability, overshadowing the classical and more traditional focus on consumer products».

⁵ La direttiva 2019/2161 rappresenta il punto di arrivo di un percorso iniziato con COM(2018) 185 final, ossia con la *Proposal for a directive of the European Parliament and of the council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernization of EU consumer protection rules*. A COM(2018) 185 final, si affiancano COM(2018) 184 final, ossia la *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC*, e COM(2018) 183. Un ruolo centrale nel quadro del *New Deal* per i consumatori, hanno anche le direttive: 2019/770/UE of 20 May 2019 *on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services* e 2019/771/UE of 20 May 2019 *on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC*. Sul punto, tra i più recenti aggiornamenti, si rimanda a J.M.L. Van Duin, C. Leone, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants: On the Need for a Modernization*, in *European Review of Private Law*, 2019, 1227 ss.

⁶ Sul punto cfr. N. Trocker, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 373; F. Casucci, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, 378 ss.

2013, C-415/11, *Mohamed Aziz contro Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, attenta ad evitare il rischio per il consumatore, nella sua qualità di debitore esecutato, che il controllo della vessatorietà della clausola, non effettuato in sede esecutiva, non lo rimetta nella situazione sussistente prima dell'esecuzione immobiliare sul bene ipotecato, ma, al massimo, gli consenta di avere il risarcimento del danno⁷.

La stretta connessione tra effettività della tutela del consumatore ed equilibrio dei diritti e degli obblighi tra lui e il professionista è evidenziata anche da Corte di Giustizia 20 settembre 2018, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt*, C-51/17. In particolare, si è sottolineato che l'art. 6 paragrafo 1 della direttiva, nel disporre che le clausole abusive non vincolano i consumatori, costituisce una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale⁸. Per aversi tale equilibrio, e dunque una tutela effettiva, deve essere consentito al giudice, a protezione del consumatore, di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale che ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13/Ce⁹.

La sentenza è interessante, ai nostri fini, anche perché puntualizza che l'esclusione dall'applicazione del regime della direttiva 93/13 delle clausole che riproducono le disposizioni legislative o regolamentari imperative è giustificata dal fatto che, in linea di principio, è legittimo presumere che il legislatore nazio-

⁷ Su questa sentenza si vedano J.M.F. Seijo, *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*, Barcellona, 2017, 71 ss.; F. Esteban De La Rosa, *The Treatment of Unfair terms in the process of foreclosure in Spain. Mortgage Enforcement Proceedings in the Aftermath of the ECJ's «Ruling of the Evicted*, in *Zeitschr. Europäisches Privatrecht*, 2015, 366 ss. Sulla necessità che, in ossequio al principio di effettività, la normativa non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la salvaguardia dei diritti del consumatore si vedano Corte di Giustizia, 10 Settembre 2014, *Monika Kušionová*, C34/13; Corte di Giustizia, 16 Luglio 2015, C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*. Sull'effetto dirompente di tale sentenza si rimanda a F. Cafaggi, M. Salvadori, *Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori Dialogo istituzionale e diritto europeo dei consumatori: Il trilogio giudiziale ed amministrativo, strumenti ed effetti*, in P. Gallo, G. Magri, M. Salvadori (a cura di), *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, Milano, 2017, 39 ss. Sul punto cfr. Corte di Giustizia, 18 Febbraio 2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14, par. 46. Per un commento cfr. J.M.L. Van Duin, *Metamorphosis? in Cases Concerning National Remedies and Procedures under Directive 93/13/EEC*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 190 ss. In direzione analoga CJEU 14 June 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, par. 54, sulla quale si rimanda a M.J. Sørensen, *Sanctions on Unfair Terms in Consumer Contracts. The Danish Example*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2014, 224 ss.

⁸ Cfr. Corte di Giustizia, 26 Gennaio 2017, *Banco Primus*, C421/14, punto 43; Corte di Giustizia, 14 Giugno 2012, *Banco Español de Crédito*, C618/10; Corte di Giustizia, 21 Gennaio 2015, *Unicaja Banco and Caixabank*, C482/13, C484/13, C485/13.

⁹ Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia su poteri d'ufficio del giudice e tutela del consumatore si rimanda a S. Pagliantini, *Principio di effettività e clausole generali: il canone "armonizzante" della Corte di Giustizia*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di) *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, 81 ss.; Id., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 812 ss.

nale abbia stabilito un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti di determinati contratti¹⁰.

Esemplificativa può essere, altresì, la sentenza della Corte di Giustizia, 11 settembre 2019, *Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka* e altri, C-383/18 che ha avuto un forte impatto sui problemi relativi al diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito nei casi di rimborso anticipato¹¹. La Corte dichiara che l'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato, include tutti i costi posti a carico del consumatore, quindi anche quelli cd. *up front* e non solo quelli *recurring* che non si esauriscono nello svolgimento di attività preliminari e contestuali alla conclusione del contratto. Come evidenziato anche dal giudice di rinvio, interpretare la norma nel senso che la riduzione del costo totale del credito include anche i costi che non dipendono dalla durata del contratto permette di garantire l'equilibrio tra le parti.

Il diritto del consumatore alla riduzione dei costi, nel ragionamento della Corte, non crea una situazione squilibrata a danno del professionista, data la possibilità per quest'ultimo, in caso di rimborso anticipato del credito, di riutilizzare l'importo rimborsato per concedere un nuovo credito e beneficiare così di una nuova commissione. Inoltre, il fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito, in quanto gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, che prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante.

Non si tratta di un problema soltanto economico, ma anche di equilibrio tra i diritti e gli obblighi tra le parti. In altri termini, se il professionista ha dei diritti che gli consentono di limitare le conseguenze economiche di un'estinzione anticipata del finanziamento, altrettanto deve avvenire per il consumatore. Se il consumatore non avesse diritto alla riduzione del costo del credito o tale diritto fosse limitato ai costi *recurring* si avrebbe una tutela formale e non reale, anche in con-

¹⁰ In tal senso già Corte di Giustizia, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C92/11, punto 28.

¹¹ Per l'impatto pratico di questa sentenza nel contesto italiano basti rinviare alle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario e, in particolare, al Collegio di Coordinamento nella decisione n. 26525/2019.

siderazione del fatto che una soluzione contraria, come evidenziato dalla Corte di Giustizia, rischierebbe di tradursi in una prassi nella quale i soggetti mutuantici applicherebbero unicamente costi formalmente indipendenti dalla durata del contratto di credito, al fine di evitare che questi siano interessati dalla riduzione del costo totale del credito¹².

L'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, di sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale è stato richiamato dalla Corte di Giustizia anche nella sentenza della Grande Sezione, del 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17¹³, al fine di giustificare il potere del giudice nazionale di sopprimere la clausola abusiva sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, in situazioni in cui l'invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto *in toto*, esponendo così il consumatore a conseguenze particolarmente dannose e tali da penalizzarlo¹⁴. In particolare si è chiarito che «tale sostituzione è pienamente giustificata alla luce della finalità della direttiva 93/13. Infatti, essa è conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, considerato che tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive»¹⁵.

Conferme del legame tra effettività della tutela ed equilibrio tra diritti e obblighi dalle parti si trovano nel cd. *New Deal for Consumers*¹⁶, anche se il dato pareva più esplicito in COM(2018)185, ossia nella proposta di direttiva, rispetto alla direttiva 2019/2161.

Segnatamente in COM(2018)185 è riscontrabile una maggiore attenzione all'effettività della tutela del consumatore e al ripristino della conformità della situazione nella quale questi si sarebbe trovato in assenza della violazione del professionista. Indicativa in tale direzione era la previsione dell'art. 11 *bis*, ai sensi del quale gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere a rendere disponibili rimedi contrattuali ed extracontrattuali per i consumatori lesi da pratiche com-

¹² Corte di Giustizia, 11 settembre 2019, *Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo - Kredytowa im. Franciszka Stefczyka* e altri, C-383/18, punti 17 e 34.

¹³ Su Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, cfr. C. Pavillon, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *European Review of Private Law*, 2019, 1297 ss.

¹⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, punto 56.

¹⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, punto 57. Su queste problematiche si rimanda a B. Sánchez López, *Ejecución dineraria. Liquidez. embargo y realización forzosas*, Madrid, 2019, 85 ss.

¹⁶ Sul punto cfr. D. Adamski, *Lost on the digital platform: Europe's legal travails with the Digital Single Market*, in *Common Market Law Review*, 2018, 719 ss.; V. Febraro, *New deal for consumers. Focus normativo sulla proposta di direttiva Omnibus, ora "Modernization Directive"*, in *Mercato e consumatori*, 2018, 38 ss.

mercili sleali, al fine di eliminarne ogni effetto conformemente alla legislazione nazionale. Traspariva lo sforzo in più rispetto all'art. 3 della direttiva 2005/29/CE che si limitava a prevedere che la stessa non dovesse pregiudicare l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto¹⁷.

L'art. 11 *bis*, infatti, nella formulazione di COM(2018)185 era particolarmente interessante non tanto e non solo per il riconoscimento della possibilità per il consumatore di porre fine unilateralmente al contratto e di ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale, ma per la previsione esplicita che tali misure dovessero rappresentare il minimo da assicurare al consumatore il quale, però, ha anche diritto a che venga eliminato ogni effetto della pratica commerciale subita. L'assenza di tale diritto comporterebbe per il consumatore una situazione squilibrata rispetto a quella del professionista che, ingiustificatamente, finirebbe per addossare sul consumatore rischi che dipendono dalla scorrettezza dell'attività del professionista stesso.

In altri termini, garantire una tutela effettiva del consumatore significa riconoscergli una serie di diritti che gli consentano di eliminare ogni effetto della scorrettezza subita e, dunque, di essere rimesso in una situazione conforme a quella nella quale si sarebbe trovato in mancanza della scorrettezza del professionista¹⁸.

Il ripristino della conformità è molto più incisivo della semplice previsione della non vincolatività della disposizione contrattuale posta in essere in violazione delle norme a tutela del consumatore. La non vincolatività può non comportare per il professionista una perdita significativa, soprattutto quando a tale non

¹⁷ Sulla portata dell'art. 3 della direttiva 2005/29/CE cfr. G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1 ss.; G. De Cristofaro, *Italian Private Law: the Impact of Directive 2005/29/EC* in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, 251 ss.; A. Beckers, *The regulation of market communication and market behaviour: Corporate social responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms*, in *Common Market Law Review*, 2017, 475 ss. Sulla formulazione dell'art. 11 *bis* in COM (2018) 185, anche alla luce delle scelte fatte dal legislatore europeo con riferimento alla Direttiva 633/2019 *on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain*, si rimanda ad A. Jannarelli, *La tutela dei produttori agricoli nella filiera agro-alimentare alla luce della direttiva sulle pratiche commerciali sleali business to business*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, 43. L'A. afferma che «il recentissimo testo approvato dal Parlamento europeo ha rivisitato significativamente l'impianto legislativo a suo tempo adottato a tutela dei consumatori. Infatti, attraverso modifiche introdotte nella direttiva sulle pratiche sleali 2005/29, risulta, tra l'altro, inserito l'art. 11 *bis* finalizzato ad armonizzare in maniera specifica proprio il *private enforcement* da parte dei consumatori a quali spetta, in presenza di pratiche scorrette, la possibilità di agire per il risarcimento del danno e per la risoluzione del contratto. Indubbiamente, nelle relazioni *business to business* presenti nell'ambito di una medesima filiera produttiva, quale quella agro-alimentare, il ricorso alla tutela privatistica da parte del singolo produttore agricolo può essere disincentivato dal timore di essere escluso dal novero dei fornitori. Ma è altrettanto indubbio che una tutela forte collettiva in termini di *private enforcement* può sempre operare in chiave di deterrenza e di prevenzione».

¹⁸ L'effettività della tutela è legata all'attenzione all'interesse materiale del consumatore. Su quanto il diritto contrattuale dei consumatori sia fonte di «aperture» vistose agli interessi «materiali» sottostanti alle regole di fattispecie, si rimanda a A. Di Majo, *Giustizia e «materializzazione», nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss.

vincolatività segua l'applicazione di una disciplina nazionale non particolarmente sfavorevole. Una significativa applicazione pratica si è avuta in materia di credito al consumo. La previsione della non vincolatività degli interessi convenzionali non è apparsa dissuasiva, nella misura in cui il professionista poteva comunque beneficiare di interessi legali di importo considerevole¹⁹.

La formulazione dell'art. 11 *bis* nella versione definitiva della direttiva 2019/2161 appare, invero, meno incisiva. Si legge, infatti, che «i consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

Scompare il riferimento esplicito al fatto che il risarcimento del danno debba rappresentare il minimo da assicurare al consumatore e anche la previsione del diritto del consumatore a che venga eliminato ogni effetto della pratica commerciale subita.

La norma potrebbe rappresentare un passo indietro rispetto alla corrispondente previsione di COM(2018)185. Quanto però questo corrisponda effettivamente alla *ratio* della normativa europea è discutibile. Basti pensare al considerando 16) della stessa direttiva 2019/2161, ove rimane il riferimento alla necessità di «garantire la disponibilità di rimedi per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per eliminare tutti gli effetti di tali pratiche» e si specifica che seppure il consumatore dovesse poter ottenere il risarcimento dei danni e, se pertinente, una riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, in modo proporzionato ed efficace, ciò non esclude la necessità «di mantenere o introdurre il diritto ad altri rimedi, come la riparazione o la sostituzione, per i consumatori danneggiati da pratiche commerciali sleali per garantire l'eliminazione totale degli effetti di tali pratiche».

La diversa formulazione dell'art. 11 *bis* probabilmente ha l'obiettivo, non di privare il consumatore di rimedi che gli consentano di eliminare tutti gli effetti delle pratiche scorrette, ma soltanto quello di specificare alcuni rimedi a disposizione del consumatore al quale, come si legge, nel parere del Comitato economi-

¹⁹ Si pensi al noto caso esaminato da Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*. Per un commento a tale sentenza si rinvia a G. Poissonnier, *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Dalloz*, 2014, 130 ss.; T. Rumi, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela dei consumatori*, in *Contratti*, 2014, 878 ss.; M. Maugeri, *Pre-contractual duties in consumer credit contracts and remedies for their breach*, in *Persona e Mercato*, 2018, 3, 188.

co e sociale europeo sulla proposta di direttiva, devono «essere offerte soluzioni individuali come il rimborso del prezzo, la sostituzione del bene o la risoluzione del contratto di compravendita. I rimedi, inoltre, dovrebbero essere adeguati alla situazione di ciascun consumatore, in modo da consentirgli di optare per soluzioni su misura»²⁰.

D'altronde, prevedere rimedi che non siano tesi a porre il consumatore nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato in assenza del comportamento scorretto del professionista sarebbe in contrasto con la logica che ispira il diritto dell'Unione anche negli altri interventi che completano il pacchetto di regole noto come *New Deal per i Consumatori*. Basti pensare alle direttive: 2019/770/UE of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services e 2019/771/UE of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC²¹ e al diritto del consumatore al ripristino della conformità del bene senza spese a suo carico²².

Il diritto al ripristino della conformità, infatti, è strumento prezioso per garantire al consumatore una tutela effettiva, delineandosi un assetto di interessi nel quale, proprio grazie a tale diritto, è difficile che si configuri un significativo squilibrio dei suoi diritti e obblighi rispetto a quelli del professionista.

3. *Il rilievo dell'equilibrio giuridico oltre la disciplina sulle clausole vessatorie: l'esempio del divieto del patto commissorio e dell'art. 120 quinquiesdecies T.U.B.*

La portata di alcune novità legislative dettate in recepimento di direttive comunitarie può essere valorizzata se ci si emancipa da una interpretazione troppo condizionata dalla prevalente attenzione all'equilibrio economico.

Occorre verificare quanto l'autonomia privata possa incidere sull'equilibrio tra i diritti e gli obblighi del contratto.

Sembrirebbe che il legislatore abbia un atteggiamento molto rigoroso se si osserva che alla sproporzione normativa consegue, il più delle volte, la nullità di quanto convenuto tra le parti. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla disciplina sulle

²⁰ Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori, in GU C 440 del 6.12.2018, 66.

²¹ J.M.L. Van Duin, C. Leone, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds for Consumer-Litigants*, cit., 1227 ss.

²² Si veda in particolare l'art. 13 della Direttiva 770/2019 e l'art. 14 della Direttiva 771/2019.

clausole vessatorie, ma anche a tutte le norme che prevedono la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal codice del consumo²³. Esplicito nel prevedere la nullità del patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è, altresì, l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 e, come è noto, si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi²⁴.

Ma è sul divieto del patto commissorio, anch'esso presidiato dalla nullità, e sulla portata di alcune novità legislative dettate in recepimento di direttive europee che ci si vuole soffermare, al fine di valorizzare le implicazioni di una lettura non condizionata dalla prevalente attenzione all'equilibrio economico e aperta a tenere distinte, per certi versi, le problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico, anche al fine di una maggiore tutela del soggetto debole del rapporto.

In particolare, in questa sede ci si soffermerà sul disposto dell'art. 120 *quinquiesdecies* T.U.B. in base al quale, fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che, in caso di inadempimento del consumatore, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporti l'estinzione dell'intero debito derivante dal contratto di credito, anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza.

Si è visto in questa norma un nuovo marciano²⁵, data la garanzia del ripristino della proporzione economica dell'operazione, attraverso il versamento al debitore dell'eccedenza del valore dell'immobile rispetto al debito.

²³ Sul punto si rimanda a E. Capobianco, *L'irrinunciabilità dei diritti del consumatore*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritto in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, 279 ss.

²⁴ Cfr., per tutti, F. Ruscello (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole: atti del Convegno «Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole»*, Roma, 2012.

²⁵ Si rimanda sul punto a G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciano*, Torino, 2017. Ritiene che la disposizione in esame realizzi una tipizzazione del patto marciano S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, 568. Quanto alle norme con riferimento alle quali si è affermato che il patto marciano acquisti definitivamente «diritto di cittadinanza» nel sistema giuridico italiano, cfr. S. Ambrosini, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2016, 1075 ss.; C. Botta, *Gli incerti confini applicativi del divieto del patto commissorio e il sempre più diffuso favore per la pattuizione marciانا*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 911 ss.; G. Buset, *Mutuo - "ancora su procura a vendere e divieto del patto commissorio"*, *ibidem*, 737 ss. Sull'incidenza della disciplina relativa al patto marciano sulla normativa di diritto comune v. R. Lenzi, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciano di diritto comune*, in *Osservatorio dir. civ. comm.*, 2017, 319 ss.

L'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. rappresenta una preziosa occasione per riflettere sul patto marciano e sul patto commissorio in una prospettiva che non guardi soltanto all'equilibrio economico, ma anche all'equilibrio giuridico dell'operazione economica posta in essere dalle parti. La norma, infatti, sarebbe contraddittoria se ci si limitasse a leggerla in termini di proporzionalità meramente economica, perché dispone espressamente che è fatto salvo il divieto del patto commissorio previsto dall'art. 2744 c.c., però, di fatto non impedisce, in caso di inadempimento, la restituzione o il trasferimento al creditore del bene oggetto di garanzia, anzi, consente di programmare, prima ancora che l'inadempimento si verifichi, la variabile di un trasferimento solutorio.

L'alternativa ermeneutica che si profila è, dunque, la seguente: o l'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. è una norma contraddittoria, in quanto al tempo stesso consente di porre in essere un patto e dispone espressamente che è fatto salvo il divieto del patto stesso, oppure la norma autorizza a ritenere che i problemi del patto commissorio non siano soltanto relativi ai valori economici scambiati²⁶ e che la garanzia di proporzione tra le corrispondenti attribuzioni non esaurisca la tutela che mira a perseguire il «divieto di risultato» sancito dall'art. 2744 c.c.²⁷.

In un ambito così delicato come quello del credito immobiliare ai consumatori²⁸, emerge, infatti, che, in presenza di meccanismi che denotano una «finalità acquisitiva» da parte del creditore garantito²⁹, la salvaguardia del diritto del debitore all'eccedenza del valore dell'immobile non neutralizza la *debitoris suffocatio*³⁰, in quanto il mutuatario non può comunque evitare la perdita della proprietà

²⁶ Per gli orientamenti giurisprudenziali sul punto si rimanda a A.A. Dolmetta, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 811 ss. L'A. ricostruisce il percorso argomentativo di Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, nel confronto anche con Cass., 9 maggio 2013, n. 10986 e Cass., 18 marzo 2015, n. 5440. Sul punto cfr. S. Pagliantini, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali. Spigolando intorno all'art. 48 bis t.u.b.: specialità (di trattamento) e principio di proporzionalità delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2017, 1715 ss.

²⁷ Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali che enucleano dall'art. 2744 c.c. un «divieto di risultato» v. A. Trotta, *Il patto commissorio autonomo: tradizione e cambiamento*, in *Giur. it.*, 2013, 343 ss.

²⁸ Sulla necessità che l'illiceità del divieto rimanga integra nei casi di contratto asimmetrico cfr. P. Sirena, *La disciplina dei mutui ipotecari e le prospettive di una riforma legislativa*, Milano, 2009, 1 ss.; M. Trimarchi, *Pre-default agreement on appropriation of an encumbered asset: "patto commissorio" and "patto marciano"* in G. Alpa e G. Iudica (a cura di), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). What for?*, Milano, 2013, 83 ss. Quanto alla circostanza che non si capirebbe un trattamento *in peius* per i contratti di diritto comune, v. S. Pagliantini, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 181 ss.

²⁹ Cfr. E. Carbone, *Debitoris suffocatio e patto commissorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1087 ss.

³⁰ In argomento si rinvia a S. Pagliantini, *I misteri*, cit., 183. Cfr. A. Cilento, *Convenzioni commissorie tra integrità del consenso e funzione negoziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 213 ss. G. Baralis, *Vendita per ragioni di garanzia e vendita per ragioni di bisogno*, in *Riv. not.*, 2009, 2, 317 ss. Nella stessa direzione, più di recente, G. Brianda, *Le prospettive del divieto del patto commissorio tra normativa comunitaria, lex mercatoria e tradizione*, in *Contr. impr.*, 2016, 797 ss. Sul rapporto tra patto commissorio e coazione morale del debitore si rimanda a A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 10 ss.; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1971, 1028 ss. L'A. da ultimo citato già sottolineava che nella nullità del patto commissorio si prescinde da ogni rapporto

del bene³¹. Non si scongiura cioè il pericolo di una vicenda traslativa irreversibile e inevitabile per il debitore, una sorta di espropriazione negoziale. Conseguentemente, l'obiettivo da perseguire non dovrebbe essere solo quello di preoccuparsi che al consumatore sia restituito quanto ecceda dalla soddisfazione del creditore, ma anche di evitare lo squilibrio tra diritti e obblighi di debitore e creditore³².

La novità dell'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. risiede nel fatto che si tratta di una norma che muove nella direzione di una lettura del divieto del patto commissorio sganciata da un ragionamento basato prevalentemente sulla «mancata proporzione» tra valore del bene e quanto realizzato dal creditore. Basti pensare che, stando al comma 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies*, il divieto del patto commissorio rimane pure in presenza di una clausola che salvaguardi l'equivalenza tra quanto ancora dovuto al creditore ed il valore dell'immobile dato in garanzia, e persino quando il debito residuo sia superiore a quanto realizzi il creditore per effetto del trasferimento del bene, e cioè anche se l'operazione sia squilibrata economicamente a vantaggio del debitore³³.

Il trasferimento solutorio del bene dato in garanzia, invece, è possibile in presenza di presidi a tutela della debolezza del debitore che non si esauriscano nel neutralizzare la sproporzione tra entità del credito garantito e valore del bene; presidi che l'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B. si preoccupa di porre in essere. Si pensi al meccanismo a valenza esdebitatoria previsto, e cioè all'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore anche se il valore del bene immobile trasferito sia inferiore al debito residuo. Il fatto che il creditore possa beneficiare del trasferimento del bene dato in garanzia, deve essere bilanciato dal venir meno per il debitore del rischio che il bene abbia un valore inferiore a quello del debito residuo. In questo modo si spiega perché l'attribuzione al creditore di un valore inferiore al credito non si sostanzia in un ingiustificato arricchimento del debitore³⁴.

di valore tra cosa e prezzo appunto perché si reagisce alla pressione fatta sul debitore in fase di inadempimento. Sul punto cfr. N. Cipriani, *Divieto del patto commissorio e alienazioni a scopo di garanzia nel pensiero di Domenico Rubino*, in P. Perlingieri e S. Polidori (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Domenico Rubino, Napoli, 2009, 707 ss.

³¹ Sul punto si rinvia a S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, Milano, 1951, 357. Quanto alla lettura di Salvatore Pugliatti dell'art. 2744 c.c. cfr. G. D'Amico, *Il contributo di Pugliatti alla dottrina della fraus legis e all'interpretazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.*, in S. Ciccarello, A. Gorassini e R. Tommasini (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Salvatore Pugliatti, Napoli, 2016, 239 ss.

³² Quando è soggetto ad un vincolo reale, il debitore si trova nella condizione di minima resistenza e di massima esposizione, una condizione assai più severa del generico stato di bisogno che legittima l'azione generale di rescissione per lesione ai sensi dell'art. 1448 c.c. In questi termini E. Carbone, *Patto commissorio*, cit., 12 ss. Sul punto cfr. G. Stolfi, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, 767 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505 ss.; G. Rispoli, *Ai confini del divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2013, 2023 ss.; Id., *I nebulosi confini del divieto di patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 2013, 697 ss.

³³ Cfr. S. Tommasi, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, 169 ss.

³⁴ Sul rapporto tra divieto del patto commissorio e arricchimento senza giusta causa v. F. Murino, *L'autotutela nell'escussione della garanzia finanziaria pignorataria*, Milano, 2010, 38 ss.

Ulteriori meccanismi di riequilibrio sono legati alla previsione in base alla quale, se il contratto di credito contiene la clausola che consente il trasferimento solutorio, il consumatore ha diritto: ad essere assistito a titolo gratuito da un consulente al fine di valutarne la convenienza; a che il finanziatore si adoperi con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo; alla nomina di un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo, ovvero nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

Se, dunque, è ammissibile che il divieto del patto commissorio sia «artrante» in alcuni casi, ciò non deve avvenire in ragione della mera proporzione tra valori economici³⁵.

D'altronde, lo squilibrio meramente economico tra le prestazioni non è causa di invalidità del contratto; dunque, se fosse solo tale squilibrio ad essere tutelato dal patto commissorio non sarebbe giustificata la nullità. L'eventuale accettazione dello squilibrio tra entità del credito e valore del bene può essere solo una delle tante manifestazioni della debolezza del debitore, ma non l'unica. In questa prospettiva, la mera proporzione tra le prestazioni non è garanzia di validità del patto.

Quanto appena osservato, da una parte, conferma che rimane il divieto del patto commissorio anche in presenza di una clausola finalizzata soltanto a tutelare lo squilibrio economico³⁶; dall'altra parte, consente di mettere in discussio-

³⁵ Sulla crisi del divieto del patto commissorio a livello europeo è significativa la riforma francese delle *sûretés*. Sul punto cfr. F. Fiorentini, *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Berna, 2009, 525 ss.; Id., *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1198 ss.; A. Chianale, *L'ipoteca: principi generali e aspetti applicativi*, Assago, 2017, 31 ss. L'Autore da ultimo citato si sofferma anche sul panorama tedesco, ove il divieto del patto commissorio è sancito dal § 1149 del BGB, anche se la proibizione non possiede alcuna forza espansiva ed è limitata ai casi previsti. Segnatamente, la norma in esame prevede che «*der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken*». Ribadisce l'invalidità dell'accordo commissorio il *Draft of Common Frame of Reference* («*predefault agreement on appropriation of encumbered assets*»), ma eccettua le ipotesi in cui la garanzia abbia ad oggetto beni fungibili a quotazione corrente o le parti abbiano concordato un metodo di stima. Il riferimento è al IX. – 7:105 del *DCFR*, in tema di *Predefault agreement on appropriation of encumbered assets*. Ivi si legge che «(1) Any agreement concluded before default providing for the transfer of ownership of the encumbered assets to the secured creditor after default, or having this effect, is void. (2) Paragraph (1) does not apply: (a) if the encumbered asset is a fungible asset that is traded on a recognized market with published prices; or (b) if the parties agree in advance on some other method which allows a ready determination of a reasonable market price. (3) Paragraph (2)(b) does not apply to a consumer security provider. (4) Where appropriation is allowed, the secured creditor is entitled to appropriate encumbered assets only for the value of their recognized or agreed market price at the date of appropriation. The security provider is entitled to any surplus over the obligations covered by the security right. The debtor remains liable for any deficit. (5) This Article does not apply to retention of ownership devices». Quanto alle difficoltà del divieto del patto commissorio a sopravvivere al processo di armonizzazione tra i diversi diritti nazionali europei cfr. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio. Studio di diritto comparato*, Torino, 2000, 209 ss.; A. Candian, *Appunti dubbiosi sul patto commissorio*, in *Foro it.*, 1999, 176 ss.

³⁶ Cfr. A. Luminoso, *Patto commissorio*, cit., 14.

ne la validità del patto marciano³⁷. Quest'ultimo, infatti, scongiura *ab origine* la sola sproporzione economica tra entità del credito garantito e valore del bene, ma non assicura che ciò sia sufficiente a tutelare la situazione di debolezza del debitore³⁸ e non garantisce il diritto del debitore ad un controllo dei poteri autosatisfattivi del creditore³⁹.

La *suffocatio debitoris*, invece, ben può essere neutralizzata da una valutazione più complessiva che tenga conto anche dello squilibrio giuridico tra le parti. Occorrerebbe, dunque, evitare di soffermarsi su questioni terminologiche. Importante non è tanto discutere di patto commissorio o marciano, ma interrogarsi sul minimo di tutela che deve essere garantita al debitore qualora convenga con il creditore che, in caso di inadempimento, perderà definitivamente la proprietà del bene dato in garanzia. Ebbene, tale tutela, per essere effettiva, non può limitarsi alla restituzione della differenza tra valore del bene ed entità del debito⁴⁰, ma deve estendersi ad un controllo dell'equilibrio giuridico del patto posto in essere tra creditore e debitore per il caso dell'inadempimento, fermo restando che sarà una scelta di politica legislativa decidere come realizzare tale equilibrio nei diversi settori di mercato, non dovendosi affatto escludere che possa essere opportuno differenziare. Le ragioni del mercato possono semmai incidere sul *quomodo* dell'attuazione di tale equilibrio, ma non sull'*an*, che il legislatore non può non garantire.

D'altronde, l'art. 2744 c.c. dispone che è nullo il patto in base al quale, in mancanza del pagamento del credito, si preveda il trasferimento *tout court* del bene dato in garanzia, ma non esclude la validità di un tale trasferimento se affiancato da adeguate tutele per il debitore⁴¹; tutele che non possono essere affidate al solo

³⁷ Prevede la nullità del patto marciano la disposizione del § 1147 del BGB. Sul punto cfr. A. Luminoso, *Il patto commissorio*, cit., 31; D. Giglio, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2016, 197, G. F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza di disporre in funzione garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 29 ss.; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. Artt. 2740-2744*, Milano, 2010, 315 ss.

³⁸ N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, 35, ritiene di attribuire un ruolo decisivo al patto marciano, inteso come meccanismo idoneo a riequilibrare, in base ai principi fondamentali, le fattispecie nelle quali si presenta un patto commissorio.

³⁹ Cfr. U. Carnevali, *Patto commissorio*, cit., 505.

⁴⁰ N. Cipriani, *Appunti sul patto marciano nella l. 30 giugno 2016, n. 119*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2017, 995 nota che dal giudizio sulla *ratio* del divieto di patto commissorio dipende tradizionalmente anche la valutazione in merito alla liceità del patto marciano. Conseguentemente, «chi rinviene il fondamento del divieto delle stipulazioni commissorie nella inammissibilità degli strumenti di autotutela esecutiva o delle alienazioni in garanzia, tendenzialmente estende il divieto anche al marciano; chi invece ritiene che il problema risieda nella esigenza di evitare la mancanza di controllo del rapporto di congruità tra valore del bene e ammontare del debito esprime un giudizio di liceità».

⁴¹ Sulla validità del patto commissorio a certe condizioni cfr. G. Alpa, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 427 ss. C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 270 ss.; Id., *Diritto Civile. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 288 evidenzia che mentre nel patto commissorio la vantaggiosità del negozio per l'equivalenza tra valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto, costituendo oggetto di un diritto del debitore; Id., *Il divieto del patto commissorio*, Napoli, 1957, 218. Per una ricostruzione

equilibrio economico tra valore del bene ed entità del credito come nel patto marciano, ma è necessario garantire l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti⁴².

4. *Equilibrio economico del contratto e autonomia privata: il ruolo della proporzionalità quantitativa*

Pur non negandosi che lo squilibrio normativo abbia inevitabili ricadute di carattere patrimoniale, e viceversa⁴³, non pare sempre irrilevante tenere distinti l'equilibrio economico del contratto dall'equilibrio normativo e chiedersi se sia opportuno distinguere anche tra proporzionalità quantitativa/economica e normativa, riferendo quest'ultima ai diritti e agli obblighi tra le parti.

È necessaria a questo punto una precisazione terminologica. Quando parliamo di proporzionalità quantitativa condividiamo l'insegnamento in base al quale «la sfera di operatività del principio di proporzionalità nei contratti appare costituita da un collegamento tra elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili»⁴⁴.

Si proverà a dimostrare che con riferimento alla proporzionalità economica ci sono maggiori margini di disponibilità da parte dei contraenti rispetto alla possibilità di incidere sull'equilibrio dei diritti e degli obblighi.

Le parti sono libere di accettare prestazioni che abbiano valori economici sproporzionati, purché il legislatore non preveda diversamente, come avviene per esempio in casi di stato di pericolo, di bisogno o incapacità di una delle parti. Per l'ordinamento, cioè, non è la mera sproporzione economica a dover essere strumento di controllo dell'autonomia privata, a meno che questa non si aggiun-

delle diverse tesi sulla *ratio* del divieto del patto commissorio si veda F. Macario, *La responsabilità patrimoniale oltre il dogmatismo. Spunti per una concezione moderna e funzionalistica di principi e regole a tutela del patrimonio e dei diritti del creditore*, in N. Lipari (a cura di), «*I Maestri italiani del diritto civile*», Rosario Nicolò, Napoli, 2011, 307 ss. Più di recente, riflette sul patto commissorio quale penale «*self executing*», D. Russo, *Oltre il patto marciano*, Napoli, 2017, 125. Propone un'interpretazione dell'art. 2744 c.c. in funzione integrativa del regolamento negoziale V. Viti, *La liceità del sale and lease back alla luce del divieto di patto commissorio e della previsione di meccanismi marciari*, in *Corr. giur.*, 2017, 1502 ss. Sulla nullità del patto commissorio in quanto concretizzazione di un ordine pubblico economico di direzione e non di protezione v. S. Pagliantini, *Sull'art. 48 bis T.U.B.; il "pasticcio" di un marciario bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi (a cura di), *I nuovi marciari*, cit., 42. Diversa la prospettiva di A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 2006, 1547, che fa riferimento ad una nullità ancillare ad un interesse privato.

⁴² Cfr. G. Piepoli, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 508 ss.

⁴³ Cfr. A. Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, 78 ss. P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2018, 460, avverte che «essendo il contratto regolazione di interessi patrimoniali, anche la situazione di disequilibrio che non deriva dalla sproporzione di valore tra le prestazioni assume una valenza economica, dal momento che rende nel complesso più vantaggiosa la posizione di uno dei contraenti rispetto a quella dell'altro».

⁴⁴ P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 341 ss.

ga ad altri elementi di volta in volta individuati dal legislatore sulla base di scelte di politica del diritto adeguate alle peculiarità delle circostanze concrete⁴⁵. Altrimenti opinando si consentirebbe l'ingerenza del sindacato giudiziale anche in prerogative che, per esempio, sul versante della valutazione dei rispettivi vantaggi e sacrifici economici, sono riservate alle parti⁴⁶, libere di stipulare, perfino, contratti a titolo gratuito o di porre in essere atti di liberalità⁴⁷.

Le norme costituzionali che sono espressione del principio di proporzionalità non si riferiscono esclusivamente ad una valutazione quantitativa, ma la bilanciano con una valutazione qualitativa. Si pensi all'art. 36 Cost., il quale «non impone una corrispettività esclusiva, bensì una proporzionalità tra quantità e qualità del lavoro prestato e retribuzione, la quale sia comunque sufficiente a garantire una esistenza libera e dignitosa del lavoratore»⁴⁸. Anche il concorso alla spesa pubblica *ex art.* 53 Cost. non può ridursi ad una valutazione meramente quantitativa basata sul raffronto di meri dati omogenei, comparabili e quantificabili, ma involge certamente valutazioni di carattere solidaristico in base alle quali si riempie di contenuto il concetto di capacità contributiva; non si spiegherebbe altrimenti perché alcuni redditi bassi siano esclusi da obblighi contributivi. Ugualmente può dirsi con riferimento all'art. 38 della Costituzione esplicito, tra l'altro, nel superare, in tema di previdenza, ogni valutazione di carattere mera-

⁴⁵ Sull'adeguamento economico delle prestazioni da parte del giudice si rimanda alle notazioni critiche di A. Gentili, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 52.

⁴⁶ Il problema del controllo del giudice sul contenuto del contratto è al centro di un vivace dibattito in dottrina, sul quale, oltre ai riferimenti *infra*, cfr. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 48 ss.; P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritto in onore di Vito Rizzo*, cit., 1619 ss.; Id., *Una "preoccupazione attuale". Spigolando tra i saggi di Ludwig Raiser*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 253 ss.; N. Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 555 ss. N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, Milano 2017; Id., *Intorno alla "giustizia" del contratto*, Napoli, 2016; M. Pennasilico, «Ménage à trois»: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 189 ss.; G. Vettori, *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; Id., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. privato*, 2006, 53 ss.; Id., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 21 ss.; V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 447 ss.; A. Cataudella, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 756 ss.; Id., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., Agg.*, Torino, 2014, 534 ss.; A. di Majo, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013, 130 ss.; V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, 337 ss.; E. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr./Europa*, 2005, 509 ss.; Id., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, 417 ss.; R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 151; U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; P. Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.

⁴⁷ Cfr. S. Foti, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, in *I Contratti*, 2016, 559 ss.; R. Lanzillo, *Regole del mercato*, cit., 309 ss.; M. Costanza, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 423 ss.; J.D. Gwartney, *Microeconomics: Private and Public Choice*, New York-S. Francisco-London, 1977, 26 ss.

⁴⁸ In questi termini P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 348.

mente quantitativo, in nome di mezzi adeguati alle esigenze di vita anche in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria.

Le norme costituzionali richiamate, dunque, non sembrano legittimare l'idea che la proporzionalità in senso soltanto quantitativo possa essere uno strumento autosufficiente di controllo dell'autonomia privata⁴⁹, soprattutto se si condivide che ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole⁵⁰.

Da altra parte, l'assenza di proporzionalità economica, per esempio – che è una forma di manifestazione della proporzionalità quantitativa del contratto, anche se quest'ultima non si esaurisce nell'equivalenza economica delle prestazioni⁵¹ – non è detto che contrasti sempre con i valori dell'ordinamento e che, in caso di non contrasto, non possa essere disponibile tra le parti⁵². La sproporzione quantitativa, in altri termini, non altera necessariamente il ruolo del diritto come sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici; ruolo certamente non discutibile⁵³.

⁴⁹ Complessa è la verifica della possibilità che possa valere «anche la proporzionalità in senso (soltanto quantitativo) quale strumento di controllo dell'autonomia privata». Sul problema si rimanda a P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 349. L'A. ritiene, p. 342, che «il principio di proporzionalità non soltanto è compatibile, ma è altresì presente nel nostro sistema costituzionale» e che, p. 353 «il principio di proporzionalità, sebbene operativo tra elementi quantificabili, costituisce uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico».

⁵⁰ Sulla proporzionalità come concettualmente autonoma, ma non autosufficiente, si rimanda a P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., 1633; G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 138, al quale si rinvia anche per il riferimento alla «legge del taglione» come esempio di proporzionalità irragionevole; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 10 ss; Id., *Sul Criterio di ragionevolezza*, in G. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, 1 ss. In direzione analoga M. Angelone, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, *ibidem*, 73 ss.

⁵¹ P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., 1632.

⁵² Il problema fondamentale è «quello di stabilire la linea di confine tra uso e abuso della libertà negoziale, utile a comprendere quando il contenuto del contratto è un fatto destinato a rimanere una questione privata e quando invece la disparità tra la posizione dei contraenti diventa un evento giuridicamente rilevante nella misura in cui l'ingiustizia del singolo rapporto costituisca un serio ostacolo alla diffusione dei valori dell'individualità». In questi termini F.P. Patti, *Autonomia privata e intervento del giudice. Orientamenti attuali alla luce del pensiero di Emilio Betti*, in G. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, 997.

⁵³ Cfr. L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1963, 1085 ss.; Id., *Autonomia privata e costituzione*, ora in C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 103 ss.; Id., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, ivi, 98 ss.; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 150 ss. Di recente A.M. Benedetti, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 831, avverte che la «prospettiva giusta – in un contesto nel quale è dato per scontato che l'autonomia contrattuale sia “conformata” costituzionalmente – mi pare quella che riconosce l'esistenza di un nucleo intangibile dell'autonomia privata [...], un nucleo attaccato o soppresso il quale il diritto privato cessa di essere diritto privato per diventare qualcos'altro [...]. Sebbene riletto, adeguato, dai e ai valori costituzionali [ma con bilanciamenti concreti, non astratti e, perciò vuoti] senza quel diritto privato la società finirebbe con l'essere molto meno libera e certamente molto più povera».

Può essere utile, a questo punto, riflettere su alcuni dati normativi. Di immediato rilievo sono le norme sulla rescissione del contratto che riguardano non la sproporzione, in quanto tale, tra le prestazioni, ma quella sproporzione che dipenda da stato di pericolo e possibile danno alla persona *ex art.* 1447 c.c. oppure dallo stato di bisogno del quale una parte abbia approfittato *ex art.* 1448. Addirittura, in quest'ultimo caso, si può agire in rescissione per colpire soltanto la sproporzione delle prestazioni *cd. ultra dimidium*⁵⁴.

Se pensiamo all'art. 763 c.c., ammesso, anche se è opinabile, che la norma riguardi un problema di controllo dell'autonomia privata⁵⁵, la stessa, piuttosto che essere espressione del principio di proporzionalità, consente che non sia rescisa persino una divisione ereditaria sproporzionata, sebbene solo entro il quarto.

Particolarmente significativa è proprio la disciplina delle clausole vessatorie, perché siamo in un contesto che potremmo definire di "iperprotezione" data la disparità di forza negoziale tra le parti⁵⁶. Ebbene, persino in tale contesto il legislatore specifica che le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi non sono soggette, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile, al controllo di vessatorietà⁵⁷.

Anche nel codice penale si rinvergono dei dati normativi che confermano le potenzialità lesive non tanto dell'eventuale carenza della congruità economica dello scambio, ma dei presupposti che influenzano la «consensualità» dello stesso, ovvero delle condizioni in presenza delle quali le decisioni private sono state prese⁵⁸.

Si pensi all'art. 644 del c.p. che recita: «la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle con-

⁵⁴ P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, cit., 469, afferma che, sebbene sarebbe auspicabile una revisione normativa del modello di cui all'art. 1448 c.c., volta a superare i limiti che esso da sempre ha manifestato, e, soprattutto, ad adeguare lo stesso alle esigenze emerse negli oltre settant'anni successivi alla sua introduzione nel nostro ordinamento, non sembra, tuttavia, condivisibile una svalutazione della portata dell'istituto e delle indicazioni che esso, se correttamente e adeguatamente considerato, è tutt'oggi idoneo a fornire in ordine al problema della proporzionalità. Per un confronto tra le problematiche poste dall'istituto civilistico della rescissione e lo squilibrio determinatosi nella complessa operazione negoziale denominata "4 You", oggetto di numerose e discordanti pronunce giurisprudenziali, si rimanda a A. Tucci, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, spec. 148, nota 20.

⁵⁵ Cfr. R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio commerciale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 311 ss. Id., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

⁵⁶ F. Piraino, *Osservazioni intorno sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 600.

⁵⁷ Con riferimento alle clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi come «mancipio esclusivo dell'autonomia privata», si rimanda a F. Piraino, *Osservazioni*, cit., 600.

⁵⁸ Sulla necessità che l'intervento legislativo non comprima l'autonomia privata, ma la espanda, ripristinando le condizioni per il suo razionale esercizio si rimanda a V. Roppo, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 184 ss.

crete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria». Dunque gli interessi anche se inferiori al limite dell'usura e, comunque, sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità non integrano il reato di usura quando chi li ha dati o promessi non si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁵⁹.

La norma, letta in questa chiave, non pare attribuire alla proporzionalità quantitativa una valenza tendenzialmente esclusiva ed oggettiva a prescindere dallo stato di bisogno, dallo stato di approfittamento o da altre situazioni, tanto è vero che, alla luce della disposizione in oggetto, sono ammissibili anche interessi sproporzionati, purché inferiori ai limiti dell'usura e non ci si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria⁶⁰.

Inoltre, se la proporzionalità in senso soltanto quantitativo avesse valenza di principio non dovrebbero essere ammessi neppure rimedi sproporzionati che, invece, la stessa legge consente proprio in materia di usura. La sanzione infatti per gli interessi usurari non è la corresponsione degli interessi legali, ma la non debenza degli stessi, secondo un «annullamento della proporzionalità»⁶¹.

Neppure può ritenersi che il principio di proporzionalità, intesa sempre in senso soltanto quantitativo, sia indifferente da una valutazione dalla capacità di agire dei contraenti o da valutazioni relative all'integrità del consenso degli stessi. Invero, la preoccupazione del legislatore sembra essere proprio quella di consentire la disponibilità della proporzionalità economica nei limiti di una situazione non patologica⁶². L'atto che reca un grave pregiudizio all'autore può essere annullato

⁵⁹ Ritiene che l'art. 644 c.p. non possa essere ritenuto espressione di un principio generale di proporzionalità in ambito contrattuale P. Corrias, *Squilibri contrattuali e poteri del giudice*, cit., 468. L'A. afferma che nella norma è la natura degli interessi tutelati e non lo squilibrio in sé e per sé ad essere considerato.

⁶⁰ Cfr. A. Di Amato, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 216 ss; G. Oppo, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 533 ss; G. Meruzzi, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contratto e Impresa*, 1999, p. 475 ss.; E. Quadri, *Profili civilistici dell'usura*, in *Foro it.*, 1999, 337 ss. Con particolare riferimento alle problematiche posta da un finanziamento che, pur non rivelandosi usurario, risulti comunque iniquo in ragione dell'effetto conseguente al pagamento infra annuale degli interessi, e sull'importanza di incentrare tali problematiche sull'equilibrio normativo ed economico del contratto si rinvia a M. Semeraro, *Anatocismo bancario, divieto di anatocismo e relativo ambito di operatività*, in *Riv. dir. bancario*, 2017, spec. 12; Id. *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 974 ss.

⁶¹ Annullamento della proporzionalità definito paradossale da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 349.

⁶² R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Milano 2012, 539 afferma che la ricerca di giustizia messa in evidenza dai riferimenti all'art. 428 e agli artt. 1447 e 1448 sono sorte sul terreno specifico della protezione dell'incapace e della protezione di chi sia in stato di pericolo e di bisogno ed operano come rimedi rivolti a favore di persone la cui volontà contrattuale si è formata attraverso un procedimento caratterizzato da una situazione patologica. Non è accettabile un'analogia che proceda cancellando i riferimenti di quegli articoli all'incapacità, allo stato di pericolo e allo stato bisogno. Il legislatore, aggiunge l'A. «se dovesse scegliere potrebbe cancellare il requisito del pregiudizio con un effetto meno devastante sul sistema di quanto non avverrebbe cancellando il requisito dell'incapacità o della fragilità» e ancora, p. 538 «è vero che mille circo-

non per il grave pregiudizio in quanto tale, ma perché compiuto in stato di incapacità di intendere e volere. E persino quando un soggetto è incapace, se si tratta di un contratto, non basta certo il pregiudizio o la sproporzione tra le prestazioni per annullare l'accordo, ma è necessaria, altresì, la mala fede dell'altro contraente.

Anche nell'analisi dei problemi posti dalla clausola penale, va tenuto conto che la relativa disciplina non rappresenta un limite dell'autonomia privata, ma un ampliamento della stessa ad un «campo normalmente riservato alla disciplina positiva»⁶³. In quest'ottica si spiega il potere di controllo del giudice che può riguardare anche l'equilibrio economico, non necessariamente in applicazione di un principio generale di proporzionalità quantitativa, ma perché siamo in una situazione di gestione di un inadempimento. Il dato è coerente con l'impostazione proposta in base alla quale l'equilibrio economico è normalmente disponibile dalle parti, salvo che non ci si trovi in situazioni patologiche⁶⁴.

Occorre, inoltre, non confondere il piano della proporzionalità economica delle prestazioni pattuite da quello della proporzionalità tra interessi tutelati e sanzioni⁶⁵; la sanzione presuppone, infatti, che ci si trovi in una situazione patologica nella quale si giustifica un controllo da parte dell'ordinamento diverso da quello necessario in una situazione non patologica, in cui non può escludersi che

stanze possono rendere la volontà dell'impovertito inidonea a giustificare la perdita (egli è un bimbo, il suo consenso è viziato, e così via), ma allora il discorso transita dalla rilevanza dell'ingiustizia alla rilevanza del vizio della volontà di chi subisce l'ingiustizia».

⁶³ Cass. civ., ss. uu., 13 settembre 2005, n. 18128. Per la ricostruzione del vivace dibattito di dottrina e giurisprudenza sui problemi sorti in tema clausola penale si rimanda a F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 101 ss.; Id., *The New English Law on Penalty Clauses: An Italian Perspective* in *European Review of Private Law*, 2017, 227 ss.

⁶⁴ Un ulteriore interessante risvolto pratico legato alla distinzione tra proporzionalità quantitativa e normativa è legato al fatto che tale distinzione può proporsi anche al suo contrario e cioè alla sproporzione. La conseguenza può essere, per esempio, una rilettura dell'art. 1467 c.c., laddove l'eccessiva onerosità non è da intendere soltanto come valore economico delle prestazioni, ma anche come regime giuridico delle stesse. In altri termini, un contratto può essere eccessivamente oneroso non solo quando cambia la situazione economica, ma anche quando è alterato in maniera eccessiva, e oltre l'alea normale del contratto, l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti. Questa lettura, che applica anche all'eccessiva onerosità la differenza tra proporzionalità economica e giuridica, consente di ampliare l'ambito tradizionale di operatività della norma, arricchendone le potenzialità, attribuendogli un ruolo strategico nella gestione ragionevole del rischio delle sopravvenienze contrattuali, anche a prescindere dall'apertura della sua sfera di operatività alle c.d. sopravvenienze atipiche. Sul punto cfr. F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano, 2008, 1053 ss.; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss. Di recente, per un riferimento alle diverse tesi sul tema, si vedano E. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; F. Piraino, *Osservazioni intorno sopravvenienze*, cit., 585 ss.

⁶⁵ Sulla proporzionalità come principio che nasce nel diritto tedesco quale parametro di valutazione delle norme statali o sovrastatali in fattispecie relative ai rapporti di tipo verticale, cioè, tra istituzioni e privati, imponendo una relazione di adeguatezza tra gli strumenti adottati ed i fini che la norma intende perseguire, tra gli interessi tutelati e le sanzioni, si veda F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2008, 277. Ivi l'A. spiega come poi si sia passati a considerare la proporzionalità quale strumento di valutazione anche della regola privata. Sul principio di proporzionalità nel diritto tedesco si rimanda a F.P. Patti, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., 352.

risponda ad un interesse meritevole delle parti concludere un contratto anche se economicamente squilibrato.

Neppure può invocarsi la proporzionalità delle prestazioni contrattuali come strumento di «giustizia sociale»⁶⁶.

Come è stato ribadito, anche di recente, sebbene non manchino proposte in questo senso, «non può immaginarsi che il contratto (privato) possa divenire strumento di risoluzione di problemi sociali (indigenza, mancanza di lavoro, disagio sociale, etc.) che in ipotesi impediscano o limitino (più o meno gravemente) l'accesso al mercato di determinati beni o servizi da parte di soggetti socialmente svantaggiati. Questi problemi richiedono una risposta di tipo diverso, che non può essere (data dal, o) richiesta al privato ma deve provenire dai pubblici poteri. Semmai – ma sempre nella prospettiva appena indicata (ossia, nella prospettiva di un intervento pubblico) – il contratto potrà essere (al più) lo strumento (indiretto) mediante il quale perseguire obiettivi di carattere “sociale”, con costi però a carico non del (singolo) contraente privato, bensì a carico della fiscalità generale»⁶⁷.

Il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili, ma il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per

⁶⁶ A. Di Majo, *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa?*, in *Persona e mercato*, 2013, 78, nota che «il diritto nazionale, quello comunitario ed europeo non si pongono il compito, sia pure attraverso la tutela del consumatore e/o della impresa “economicamente dipendente”, di perseguire obiettivi di giustizia “sociale” bensì di assicurare il “razionale equilibrio” nello scambio e/o di evitare forme di abuso della libertà contrattuale a danno di imprese c.d. “deboli”». Non può non condividersi quanto affermato da G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., 48 ove si sottolinea che «l'importante è in tutto questo che non si smarrisca del tutto la razionalità del “sistema” (pericolo che non è affatto eccessivo evidenziare), e non prevalgano soluzioni estemporanee e poco meditate, che rischiano oltre tutto, più che di eliminare le “ingiustizie” che si ritengono presenti nel contratto, di aggiungerne (o alimentarne) delle nuove, con un esito palesemente contro-funzionale».

⁶⁷ G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, cit., 5; R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, 536, afferma che «il diritto se vuol dire di concludere contratti giusti deve spiegare quali contratti siano giusti e, la prima parola, in quest'area spetta alla scelta politica. Il diritto è creato dall'apparato politico». E. Navarretta, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in S. Mazzamuto, L. Nivarra (a cura di), Torino, 2016, 74 afferma che «se, dunque, risulta illusorio affidare alla giustizia contrattuale l'onere di risolvere il principale problema della giustizia sociale, diverso sarebbe ipotizzare interventi legislativi sul contratto che cercassero di integrare gli strumenti privatistici con interventi pubblicistici al fine di sostenere l'accesso al mercato di categorie socialmente deboli». Si sofferma sulle diverse concezioni di giustizia contrattuale M.J. Hesselink, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 81 ss; Id., *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, in *European Review of Private Law*, 2007, 323. Ivi l'A. afferma che «both the citizenship and, in particular, the consumer protection approach are rejected as an exclusive approach to contract law because they are reductive. They fail to take into account important aspects of human life which would be included in an approach to contract law from the perspective of justice» e, si aggiunge che «European contract law should become a matter of justice. As a consequence, the European Union will need to provide a legal basis for treating contract law as a matter of civil justice. Moreover, the Union will have to articulate a common European conception of justice in contract law». Sulle problematiche relative alla causa del contratto e alla tendenza ad ascrivere alla stessa istanze di giustizia commutativa si rinvia a A. Garofalo, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 573 ss.

chi è in condizioni di debolezza sociale⁶⁸. Si pensi alla nozione di merito creditizio, che «riveste un ruolo centrale nella recente direttiva mutui e che rende tangibile come l'inevitabile logica selettiva del mercato sia antitetica rispetto alle carenze e ai bisogni dei soggetti socialmente deboli»⁶⁹. Il problema diventa, dunque, assicurare alle parti le stesse *chances*⁷⁰.

Inoltre, con specifico riferimento alla legislazione consumeristica, il paradigma di fondo del sistema giuridico-economico in cui si colloca è quello del mercato concorrenziale funzionante. I rimedi ai difetti di funzionamento del mercato e, dunque, ai rapporti di massa non possono essere affidati a meccanismi microeconomici individuali, ma solo a quelli pubblici o collettivi, a partire dalla disciplina *antitrust*. Del resto, lo stesso sistema codicistico partiva dal presupposto fondato sulla presenza del mercato concorrenziale, per cui le devianze erano rilevanti solo se clamorose o frutto di inganno con riferimento, peraltro, soltanto allo specifico singolo interlocutore coinvolto. In altre parole, uno squilibrio "sistemico" in materia di prezzi o destinato ad incidere negli scambi e sugli scambi dei consu-

⁶⁸ E. Navarretta, *Il contratto "democratico"*, cit., 74. Sulla dicotomia tra giustizia commutativa e distributiva e sull'avvertimento che occorre guardarsi «dalla facile conclusione che non abbiano niente a che vedere l'una con l'altra» si rimanda a R. Sacco, voce *Giustizia contrattuale*, cit., 453.

⁶⁹ E. Navarretta, *Il contratto "democratico"*, cit., 74.

⁷⁰ A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, cit., 33. G. Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 39, afferma che quanto al rapporto tra libertà e giustizia contrattuale occorre rovesciare la formulazione e accontentarsi che la libertà, che è un valore in sé, non porti a ingiustizie. La giustizia del contratto conta non tanto sul controllo del contenuto del negozio, quanto sull'«agibilità delle vie di accesso al mercato. In altre parole: è illusorio pensare ad una funzionalizzazione del contratto operata mediante controlli sul suo contenuto. Ma bisogna garantire all'operatore una via di accesso, priva di ostacoli e trabocchetti al mercato». In questi termini R. Sacco, *Giustizia contrattuale*, cit., 542. L'A. sottolinea, altresì, p. 540, che la Costituzione statuisce che l'iniziativa economica privata è libera e in tale iniziativa rientra ogni contrattazione. L'art. 41 ha statuito anche i limiti di questa libertà, ma può notarsi che ha menzionato a questo proposito l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità e, p. 541 «tra i limiti non figura il contrasto con la giustizia», il silenzio sulla giustizia del contratto, già nel codice civile, può essere considerato come il frutto di un ragionamento basato sull'autoresponsabilità di un soggetto che assume un vincolo sulla base di una analisi del rapporto costi benefici. In altri termini, p. 540, il legislatore teme «che il costo dell'imposizione del requisito della giustizia sia troppo grande, concretandosi nel potere accordato al contraente di trascinare ogni contratto di cui è pentito su e giù per le scale delle cancellerie giudiziarie e delle aule di giustizia, procrastinando il tempo della effettiva esecuzione della prestazione e rendendo imprevedibile per tempi lunghissimi le vicende del rapporto contrattuale.[...]Intendiamo: quel costo si pagherebbe volentieri se la parola contratto fosse in ogni ipotesi sinonimo di truffa o di indebito arricchimento». Quanto, invece, alla convinzione che la libertà contrattuale non esista e che il compito attuale è di sviluppare criteri e metodi per realizzare un principio di giustizia contrattuale si rimanda a K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, 11. Ritiene che il diritto dei contratti non possa evitare l'imposizione di *standard* di giustizia «con uno sguardo rivolto agli effetti distributivi», H. Collins, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659. Sul rapporto tra giustizia sociale e diritto si vedano i lavori del Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99. Sul punto cfr. A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ibidem*, 79 ss. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 601 ss; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2005, 630 ss. Sulla ricchezza di implicazioni del dibattito relativo al rapporto tra «giustizia» e «libertà contrattuale» si veda G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 180 ss.

matori non può essere affidato a meccanismi microeconomici diretti ad operare all'interno della singola isolata relazione⁷¹.

5. Conclusioni

I problemi posti dalla proporzionalità delle prestazioni contrattuali sono complessi e non ammettono soluzioni univoche e generalizzate. In particolare è opportuno tenere distinti, per certi versi, i problemi posti dall'equilibrio economico del contratto da quelli relativi all'equilibrio giuridico, al fine di garantire una tutela effettiva delle parti, nel rispetto della loro autonomia.

Le norme analizzate, nella prospettiva proposta, palesano che il contenuto giuridico dello scambio, ancor più di quello economico, può comportare, per una delle parti, una situazione gravosa e di significativo squilibrio. Addirittura il riequilibrio economico può occultare uno squilibrio giuridico ben più dannoso.

Una lettura che tenga conto delle differenti problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico del contratto consente, in primo luogo, come si è cercato di dimostrare con riferimento al patto commissorio e al patto marciano, di garantire una tutela effettiva del soggetto debole del rapporto, non adeguatamente protetto dal mero riequilibrio economico delle prestazioni. Per esempio, scongiurare *ab origine* la sola sproporzione economica tra entità del credito garantito e valore del bene, non neutralizza la cd. *suffocatio debitoris*, così come, viceversa, potrebbe avvenire in base ad una valutazione più complessiva che tenga conto anche dello squilibrio giuridico tra le parti.

Lo stretto legame tra effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi delle parti trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, attenta a che questo equilibrio sia reale e non solo formale, e nelle novità del cd. *New Deal* dei consumatori che mirano a garantire il diritto al ripristino della conformità della situazione nella quale il consumatore si sarebbe trovato in assenza della scorrettezza del professionista, delineando un assetto di interessi nel quale, proprio grazie a tale diritto, è difficile che si configuri un significativo squilibrio dei diritti e obblighi del consumatore rispetto a quelli del professionista.

In secondo luogo, l'attenzione alla distinzione tra le problematiche poste dall'equilibrio economico rispetto all'equilibrio giuridico del contratto consente sia di evitare l'eccesso di esporre ogni contratto ad azioni inibitorie e correttive

⁷¹ Sull'opportunità di tracciare un'indagine che esorbiti il singolo contratto, anche se con particolare riferimento all'equilibrio tra rischio e premio nelle polizze con clausola *claims made*, si rimanda a A. Antonucci, *L'assicurazione claims made "ripizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, spec. 145.

ve, sia l'eccesso opposto di consentire la prevalenza sempre di quanto convenuto dai contraenti⁷²; asseguibili, infatti, ad un controllo più penetrante quando dispongono dell'equilibrio dei reciproci obblighi e diritti, piuttosto che quando incidono, con le loro scelte, soltanto sull'equilibrio economico del contratto.

D'altronde, non può escludersi che risponda ad un interesse meritevole di tutela delle parti concludere un contratto anche se economicamente squilibrato, purché non ci si trovi in situazioni patologiche.

Non si vuole certo affermare che l'accordo tra i contraenti segni sempre un punto di «non ritorno» anche nell'interesse della collettività, come si riteneva nell'ottica del «facile ottimismo del pensiero utilitaristico inglese»⁷³. È anche vero, però, che il contratto può produrre una sproporzione economica che non diviene necessariamente un'eternalità negativa che pregiudica interessi del singolo e valori della collettività⁷⁴.

Dunque, considerare non intangibile il contenuto del contratto non deve significare mortificare l'autonomia privata che merita, invece, una ricostruzione equilibrata che «ne valorizzi la dimensione di libertà, valore anch'esso fondamentale nella costruzione della società moderna»⁷⁵, evitando che l'equilibrio economico sia fine a se stesso ed espressione di un principio generale di proporzionalità economica, anche a prescindere dal corretto esercizio del potere contrattuale⁷⁶.

A porsi è, piuttosto, un problema di congruità tra l'intervento che l'ordinamento attua nei confronti dell'autonomia privata e gli interessi che con quell'in-

⁷² La preoccupazione di evitare sia l'eccesso di esporre ogni contratto ad azioni inibitorie e correttive, sia l'eccesso opposto di consentire la prevalenza della *lex mercatoria* è evidenziata da P. Perlingieri, *Equilibrio normativo*, cit., 352. Paventa il rischio che la proporzionalità sia declassata a *passapartout* inutile e «che il *novacula Occami* qui davvero torni utile in quanto mette al riparo da un nugolo di contaminazioni altamente vischiose» S. Pagliantini, *Responsabilità patrimoniale e responsabilità: vademecum minimo per l'uso*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 920. G. De Nova, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contratti*, 1998, 546, ritiene che se fosse presente nel sistema il principio di proporzionalità non vi sarebbe contratto al riparo da azione collettiva o inibitoria. Sul punto si rimanda a P. Schlesinger, *L'autonomia privata*, cit., 229.

⁷³ In questi termini A. Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 9. Sull'autonomia dei privati, nella sua pienezza e purezza, come caso di scuola si rimanda a P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Giacchino Scaduto, Diritto civile*, II, Padova, 1970, 544; Id., *Premessa*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli*, Torino, 2006, XIX. L'A. puntualizza che nel sistema economico del più maturo capitalismo il contratto, nel senso della libertà delle scelte e degli strumenti, funziona in un'area assai ristretta, e cioè al vertice, dove si incontrano i depositari del potere economico. Gli innumerevoli contratti che si stipulano a mano a mano che ci si allontana da quella sommità sono accordi liberi soltanto nel senso della mancanza di cause perturbatrici del volere.

⁷⁴ Quanto affermato non significa accedere all'idea che l'atto negoziale consista in un'operazione in ogni caso portatrice di esigenze esclusivamente o prevalentemente individuali. Sul punto cfr. F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, rist. 2019, 164 ss.

⁷⁵ A.M. Benedetti, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere*, cit., 827.

⁷⁶ Sulla necessità di evitare che l'equilibrio economico sia inteso come fine a se stesso concorda anche chi ritiene che non ci siano ragioni per distinguere tra equilibrio economico e normativo. Sul punto cfr. A. Spangaro, *L'equilibrio del contratto*, cit., 79. Sulla insussistenza di ragioni per distinguere tra equilibrio economico e normativo si rinvia a F. Crisculo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 272.

tervento si intendono tutelare⁷⁷; problema che si atteggia in termini diversi e necessita di soluzioni differenti a seconda del tipo di squilibrio che si determini, dell'entità dello stesso e del contesto nel quale si manifesti⁷⁸. Una soluzione univoca e generalizzata mortifica sia l'autonomia privata, sia il controllo della stessa.

⁷⁷ Sulla proporzionalità come strumento di valutazione della congruità tra l'intervento che l'ordinamento attua nei confronti dell'autonomia privata e gli interessi che con quell'intervento si intende tutelare si rimanda a F. Crisculo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., 278. Quanto al controllo dell'autonomia privata nella giurisprudenza, con particolare riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria, si veda A. Tucci, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, 921 ss.; Id., *Condotta dei contraenti e meritevolezza degli interessi nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Corr. Giur.*, 2018, 353 ss.

⁷⁸ Sulla non omogeneità dei problemi posti dall'autonomia privata si rinvia all'insegnamento di S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 366 ss. L'A. afferma che i problemi posti dall'autonomia privata non si possono fare gravitare verso un problema centrale perché hanno radici differenti, rispondono a differenti esigenze e sono ispirati alle più varie ideologie e ai più diversi orientamenti metodologici. L'A. ritiene che il problema della rilevanza della volontà del singolo nell'ordinamento giuridico sia un problema generale e cioè quello «della *necessità dell'attività (e della volontà)* nella quale finiscono, nel momento della realizzazione, col puntualizzarsi i valori giuridici nella concretezza dell'atto». P. Rescigno, *Premessa*, cit., XXI, ribadisce l'esigenza di un discorso sull'autonomia privata «articolato e differenziato, che non muova da pregiudiziali condanne e non cerchi rifugio in nozioni di più appariscente concretezza».

Sara Tommasi - Abstract

Effettività della tutela ed equilibrio di diritti e obblighi nel contratto

Il saggio esamina, anche alla luce del costante e ambizioso programma di modernizzazione della tutela del consumatore, l'incidenza dell'equilibrio normativo del contratto sui problemi relativi all'effettività della tutela del soggetto debole del rapporto, ai limiti e agli spazi dell'autonomia privata e al ruolo della proporzionalità.

Effectiveness of protection and balance of rights and obligations between contractual parties

In the light of the ongoing and ambitious EU modernisation programme, this essay explores the importance of the balance between the contractual parties' rights and obligations, in order to assess the effectiveness of protection of the weaker party, the limits of party autonomy and the role of proportionality.

Tributi doganali e *transfer pricing*: dall'antinomia al coordinamento giuridico

Fabio Saponaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'antinomia tra la disciplina giuridica dei prezzi di trasferimento e la determinazione del valore dei beni in dogana. – 3. (*Segue*) Le metodologie di calcolo e l'esigenza di una maggiore coerenza giuridica tra le due discipline. – 4. L'onere documentale e la prova della correttezza dei prezzi di trasferimento. – 5. Le raccomandazioni della Camera di Commercio Internazionale di Parigi ed i metodi di valorizzazione delineati dalle *Linee Guida OCSE*. – 6. Gli aggiustamenti di prezzo in dogana: esperienze giuridiche comparate. – 7. (*Segue*) L'esperienza degli Stati Uniti d'America. – 8. Le possibili soluzioni giuridiche: analisi delle *circumstances surrounding the sales* e della *transfer pricing documentation*. – 9. L'esperienza giuridica italiana e le novità introdotte dalla prassi amministrativa. – 10. Conclusioni.

1. *Premessa*

La difficile convivenza tra la disciplina in tema di determinazione dei prezzi di trasferimento e la disciplina in tema di valorizzazione dei beni in dogana è un argomento molto dibattuto sia in sede amministrativa¹ sia in sede giurisprudenziale ed è, negli ultimi anni, oggetto di costante interesse da parte della dottrina².

¹ Le amministrazioni nazionali interessate hanno più volte manifestato una chiara attenzione sullo specifico tema: in tempi recenti, ad esempio, è stato organizzato un tavolo di confronto tecnico, tenutosi nel maggio del 2018 presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, successivamente alla consultazione pubblica in tema di *transfer pricing*, all'esito del quale i rappresentanti delle istituzioni coinvolte hanno fornito rassicurazioni in ordine alla necessità di emanare successivi documenti di prassi a chiarimento in materia, soprattutto con riferimento alle problematiche connesse agli aggiustamenti di fine anno e ai rapporti tra rettifiche da *transfer pricing* e valore in dogana.

² Sull'argomento cfr. R. Ainsworth Thompson, *Transfer pricing in VAT/GST vs Direct Taxation: a paper on the topic of relations between associated companies*, in *Boston University Law School of Law Working Paper*, n. 09-02, disponibile online in www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workinpapers; F. Idsinga, B.J. alshoven, M. Van Herksen, *Let's Tango! The dance between VAT, Customs and Transfer Pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2005, 9-10, 199 ss.; S. Ibàñez Marsilla, *Customs valuation and transfer pricing*, ERA Forum, 2009,

Tale problematica è avvertita soprattutto dalle imprese facenti parte di un gruppo multinazionale³, che si trovano costantemente a dover gestire negoziazioni di beni attraverso i confini di più Stati e che, quindi, sono per tale motivo sottoposte al monitoraggio ed al controllo sia da parte delle diverse autorità fiscali nazionali, sia di quelle doganali.

L'antinomia tra le due discipline investe diversi profili, sebbene sia riconducibile, in sostanza, al problema della diversità di regole giuridiche sottese alla corretta valorizzazione dei suddetti beni.

L'esistenza di due sistemi di regole diverse – accompagnata, in molti Stati, dalla contemporanea presenza di due distinte amministrazioni deputate a gestire, rispettivamente, l'imposizione diretta e l'imposizione di frontiera – rappresenta sicuramente, se non un ostacolo, perlomeno un elemento di rallentamento allo sviluppo del commercio globale, obiettivo quest'ultimo sostenuto dai governi delle maggiori economie mondiali e da diverse organizzazioni internazionali.

Al fine di semplificare il quadro giuridico di riferimento, occorre prendere spunto da un elemento comune ad entrambi i sistemi di valorizzazione, ovvero che nell'ipotesi di operazioni di compravendita tra soggetti che presentano un collegamento, il prezzo dei beni scambiati dovrà comunque essere fissato nel rispetto del principio dell'*arm's length*, senza risultare condizionato dalla relazione esistente tra le imprese interessate, dovendo, bensì, essere stabilito nella misu-

399 ss.; L. Martin Jovanovich, *Comparison between Customs Valuation and OECD Transfer Pricing Guidelines*, in *Transfer Pricing and Customs Valuation* (a cura di A. Bakker, B. Obuoforibo), International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, 157 ss. Per quanto riguarda la dottrina italiana, si v. G. Maisto, *Cross-Border Valuation for Income Tax, Customs Duties and VAT*, in *Bulletin for International Taxation*, 2001, 107 ss.; M. Fabio, *Customs Law in the European Union*, Kluwer Law International, 2009; E. Della Valle, R. Tombolesi, «Transfer price» interno tra corrispettivo e valore normale, in *GT – Riv. dir. trib.*, 2013, 12, 957 ss.; E. Della Valle, *La documentazione sulla «transfer pricing policy» al debutto nell'ordinamento interno*, in *Corr. trib.*, 2010, 28, 2252 ss. Sul tema del *transfer pricing* in generale, v. G. Maisto, *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, 262; C. Garbarino, *Transfer price*, in *Digesto Disc. Priv., Sez. Commerciale*, XVI, Torino, 1999, 10; L. Carpentieri, *Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi*, Milano, 1997; A. Vicini Ronchetti, *Transfer price tra normativa nazionale e internazionale*, in *Rass. trib.*, 2014, 487; C. Sacchetto, *Il transfer pricing internazionale: una normativa alla ricerca della propria identità*, in *Rass. trib.*, 2016, 886. Sul valore in dogana cfr. G. ARDIZZONE, *Dogana e imposte doganali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1988; S. Fiorenza, *Dogana e tributi doganali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Commerciale*, Vol. V, Torino, 1990; più di recente, E. Varese, S. Buffagni (a cura di), *Dazi e regimi doganali nell'Unione Europea*, Torino, 2012; M. Scuffi, M. Miccinesi, G. Albenzio (a cura di), *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali*, Milano, 2014; S. Armella, *Tributi doganali*, in *Enc. Giur. Treccani online*, 2015; F. Vismara, *Lineamenti di diritto doganale dell'Unione Europea*, Torino, 2016; L. Lombardi, *Manuale di tecnica doganale*, Milano, 2017; Aa.Vv., *Transfer pricing e valore in dogana*, Milano, 2018; F. Marrella, P. Marotta (a cura di), *Codice Doganale dell'Unione Europea commentato*, Milano, 2019; M. Fabio, *Manuale di diritto e pratica doganale*, Milano, 2019. Quanto alla manualistica specifica, v. per tutti R. Cordéiro Guerra, *Diritto tributario internazionale, Istituzioni*, Padova, 2016; P. Pistone, *Diritto tributario internazionale*, Torino, 2017.

³ In uno studio di circa dieci anni fa, l'OCSE stimava che addirittura la metà delle operazioni transnazionali avveniva all'interno di gruppi e, dunque, in un contesto di *transfer pricing*: cfr. OECD, *Trade Policy Working Paper No. 114*, R. Lanz, S. Miroudot, *Intra-firm trade: patterns, determinants and policy implications*, 2011.

ra in cui sarebbe stato fissato tra soggetti del tutto indipendenti tra loro, in condizioni di libera concorrenza.

L'applicazione di questa regola comune comporta, tuttavia, alcune conseguenze pratiche differenti nel momento in cui sia posta in essere una verifica delle transazioni da parte delle diverse autorità preposte al controllo, in quanto l'amministrazione fiscale, da una parte, e quella doganale, dall'altra, all'interno del medesimo Stato, appaiono paradossalmente portatrici di interessi diversi e, a volte, perfino in contrapposizione tra loro.

Da una parte, infatti, si assiste ad una naturale tendenza dell'amministrazione fiscale a sottostimare il prezzo a cui il soggetto residente acquista il bene dal soggetto estero, così da ridurre l'entità dei costi deducibili e, conseguentemente, ad aumentare la relativa base imponibile ai fini delle imposte dirette. Dall'altra, invece, si verifica l'esatto l'opposto, dal momento che l'amministrazione doganale è orientata a sovrastimare il medesimo prezzo, così da avere un beneficio ai fini della determinazione della base imponibile dei tributi doganali, normalmente costituita dal valore di transazione indicato in fattura.

In maniera speculare, un soggetto importatore che introduce beni è certamente indotto a dichiarare un valore di transazione basso al momento dell'effettuazione delle operazioni doganali, al fine di scontare nell'immediato l'applicazione di un dazio minore. Ai fini delle imposte dirette, però, il medesimo soggetto ben potrebbe optare per la scelta di dichiarare un valore di acquisto più alto, in modo tale da vedere ridotti i propri profitti imponibili nel Paese di importazione⁴.

Tale situazione potrebbe condurre l'amministrazione doganale a sollevare, nei confronti di un'impresa operante in un contesto multinazionale, contestazioni in merito alla correttezza del valore dichiarato, e che potrebbero porre in dubbio – in ultima analisi – una politica di determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo che potrebbe essere stata concordata e accettata, invece, dall'amministrazione fiscale per mezzo, ad esempio, di un *advanced price agreement*; oppure, ancora, la medesima impresa multinazionale potrebbe trovarsi nella non semplice situazione di dover dimostrare allo stesso tempo, in due diversi procedimenti contenziosi – uno con l'amministrazione fiscale e uno con l'amministrazione

⁴ Tale scenario, solo apparentemente inusuale, è, in realtà, più comune di quanto si pensi, se solo si pone mente locale al fatto che molte imprese multinazionali, anche solo di medie dimensioni, sono spesso dotate di due uffici interni, ciascuno dei quali responsabile di uno diverso settore (da un lato, quello responsabile della gestione operativa della cd. *supply chain* e delle operazioni doganali, e, dall'altro, quello responsabile della fiscalità) che sarebbero portatori di interessi antitetici: ed infatti, l'ufficio preposto alla gestione delle operazioni doganali si troverebbe a dover spiegare i vantaggi insiti nel dichiarare un valore di importazione più basso, al contrario dell'ufficio preposto alla gestione del settore delle imposte dirette, che propenderebbe per la dichiarazione di un valore più alto, se questo può generare maggiori oneri deducibili. Le stesse *Linee Guida OCSE* sui prezzi di trasferimento, peraltro, sottolineano come i contribuenti potrebbero essere incentivati nello stabilire valori fiscali e doganali differenti.

doganale – la correttezza del prezzo stabilito a fronte della medesima operazione commerciale, e nei quali, da un lato, l'amministrazione fiscale chieda l'applicazione di un valore significativamente inferiore al prezzo pagato e al costo dedotto dal contribuente, e, dall'altro, l'amministrazione doganale chieda l'applicazione di un valore significativamente superiore al prezzo pagato dall'impresa contribuente alla società collegata.

Si deve evidenziare, poi, il fatto che, nonostante gli sforzi fatti negli ultimi anni, la stragrande maggioranza degli Stati non sia ancora dotata di previsioni normative che riconoscano l'esistenza di un collegamento – tra prezzo di trasferimento e valore in dogana – idoneo a disciplinare e coordinare l'attività di controllo delle amministrazioni coinvolte⁵, sia come la maggior parte di essi⁶ non abbia finora ravvisato interesse nell'inserire specifiche norme che riconoscano tale collegamento almeno con l'obiettivo di prevenire o disincentivare il possibile utilizzo improprio ed in chiave abusiva, da parte delle imprese multinazionali, della mancanza di coordinazione tra i due sistemi di regole, in modo da colpire sotto questo particolare punto di vista quella società contribuenti che riducano il valore di una merce ai fini doganali e aumentino lo stesso valore ai fini fiscali⁷.

L'assenza di punti fermi all'interno di tale contesto, quindi, pone tutti i contribuenti interessati in condizioni di incertezza, essendo essi esposti al rischio di una differente valutazione dei prezzi infragruppo praticati: tali condizioni di incertezza si traducono in consistenti costi ed oneri amministrativi, necessari al fine di supportare la difesa delle proprie ragioni e la correttezza delle politiche di determinazione dei prezzi adottati.

La giurisprudenza di altri ordinamenti, peraltro, non si è ancora espressa in maniera definitiva in ordine alla tutela da garantire alle imprese in relazione a tale rischio: si ha notizia di una sola pronuncia⁸, peraltro alquanto risalente, del-

⁵ Tale lacuna potrebbe evidentemente spiegarsi sia attraverso il disinteresse verso forme di imbrigliamento della libertà di azione delle amministrazioni coinvolte, sia attraverso il timore di perdere la possibilità di utilizzare tale *status quo* al fine di recupero del gettito.

⁶ Tra i Paesi che, invece, hanno introdotto specifiche norme in tale senso, possiamo annoverare gli Stati Uniti d'America e il Messico.

⁷ Al fine di evidenziare come tale necessità sia, comunque, molto sentita, appare opportuno notare come gli stessi Stati Uniti d'America, che appartengono a una tradizione giuridica di *common law* e che non rinvergono, pertanto, nello strumento codicistico il principale strumento normativo, abbiano, comunque, ritenuto necessario disciplinare espressamente tale limitazione, nello *United States Treasury Code of Federal Regulations*, al par. 1.1059A, secondo cui «*If any property is imported into the United States in a transaction (directly or indirectly) between related persons (within the meaning of section 482), the amount of any costs – (1) which are taken into account in computing the basis or inventory cost of such property by the purchaser, and (2) which are also taken into account in computing the customs value of such property, shall not, for purposes of computing such basis or inventory cost for purposes of this chapter, be greater than the amount of such costs taken into account in computing such customs value.*».

⁸ Sentenza del Tribunal Supremo spagnolo del 11/12/2009 («*Refrescos y Envasados*»), su cui v. A. Denaro, *Spagna, per il transfer pricing ok alla valutazione doganale*, in *FiscoOggi* del 26/02/2010. La *Refrescos y Enva-*

la Corte Suprema spagnola che ha riconosciuto la correttezza della posizione di una società che si era servita di un valore dichiarato ai fini doganali per ottenere il riconoscimento del medesimo valore a seguito di un accertamento dell'imposta sul reddito, soprattutto in ossequio al principio della certezza del diritto.

Peraltro, tale sentenza appare essere un precedente alquanto isolato, poiché la generale tendenza che attualmente si registra è quella di percorrere la direzione opposta, vale a dire quello di convalidare, ai fini dell'applicazione dei tributi di confine, il valore dei beni stabilito in base ad una politica sui prezzi di trasferimento che abbia portato a indicare un valore in linea con il principio di libera concorrenza, anche attraverso la produzione, all'attenzione delle autorità doganali, della documentazione relativa ai prezzi di trasferimento predisposta dalle imprese per via degli obblighi imposti dalle norme in materia di imposizione diretta.

Tuttavia, si registra ancora una marcata contrapposizione tra le diverse posizioni espresse in dottrina e la stessa prassi amministrativa doganale, che solo recentemente sembra manifestare una prima forma di apertura nei confronti dell'utilizzo di soluzioni che comportino una sorta di coordinamento tra i due sistemi di valorizzazione.

sados S.A., società iberica appartenente al gruppo Coca-Cola, nell'anno verificato, importava da società consociate residenti in Francia e in Irlanda il concentrato alla base della preparazione della nota bevanda che provvedeva successivamente a produrre per il mercato spagnolo. L'amministrazione fiscale iberica, applicando il metodo del "prezzo di rivendita", aveva contestato, per l'anno 1989, un prezzo di trasferimento di libera concorrenza dell'acquisto infragruppo inferiore a quello praticato, diminuendo pertanto i costi della produzione e accertando in tal modo un maggior reddito imponibile della affiliata spagnola del gruppo. La controversia suscita particolare interesse poiché il ricorrente non si è preoccupato di contestare l'applicazione del metodo di determinazione del prezzo di trasferimento, ammettendo perfino che i prezzi praticati non fossero di libera concorrenza. Il contribuente ha invece eccepito che gli esiti della verifica di *transfer pricing* del *Departamento de Inspección Financiera y Tributaria* non fossero coincidenti con le risultanze della ispezione relativa al periodo intercorrente tra ottobre 1989 e dicembre 1990 della *Dependencia Regional de Aduanas e Impuestos Especiales* ai fini della applicazione dei dazi doganali. Ebbene, il *Tribunal Supremo* pur ritenendo che il metodo del prezzo di rivendita fosse stato correttamente applicato in base alle disposizioni del *Reglamento del impuesto sobre sociedades* del 1982, ha ribaltato la sentenza della *Audiencia Nacional* che non aveva ritenuto ammissibile la valutazione doganale ai fini della imposta sul reddito delle società. Il *Tribunal Supremo* ha evidenziato che il Regolamento (CEE) n. 1224/80, il quale recepiva i criteri del GATT per le importazioni tra soggetti legati da vincoli associativi, permette di considerare, per la determinazione del valore delle merci in dogana, il prezzo effettivamente pagato, solo «*se aproximen mucho al valor de enajenación en ventas de mercancías idénticas o similares entre personas independientes o al de aduana de esas mercancías idénticas o similares*». I giudici, ritenendo che, sia il regolamento doganale che quello dell'imposta sulle società mirano a individuare lo stesso valore di mercato, hanno accolto il ricorso del contribuente, poiché, secondo i principi basilari della legge spagnola (fra tutti la certezza del diritto), non risulterebbe ammissibile che una medesima transazione venga tassata differentemente in relazione al tributo da esigere quando le norme applicabili in entrambi i casi richiedono l'utilizzo degli stessi parametri di valutazione («*Así las cosas, principios básicos de nuestro sistema jurídico, como el de que nadie - tampoco la Administración - puede ir contra sus propios actos, de modo que conducido de una determinada manera su autor crea en los destinatarios una suerte de confianza de que no lo hará en el futuro contradiciéndose, reflexión que trae a primer plano la idea fundamental de la seguridad, [...] pues no resulta admisible que la Hacienda tase el contenido de un mismo negocio de forma divergente según el tributo de que se trate cuando las normativas aplicables piden en ambos casos la aplicación de los mismos parámetros de valoración*»).

Da ciò scaturisce, prendendo anche in esame l'esperienza giuridica di altri Stati europei ed extraeuropei, la necessità di una riflessione, sul piano teorico, in ordine a quelle che possono essere le vie percorribili per giungere ad una auspicabile soluzione del problema⁹, ad una "quadratura del cerchio" in grado di evitare che, in presenza di un'unica transazione commerciale, si possa addivenire all'individuazione di differenti valori per un solo prezzo, giungendo a rimuovere un indubbio ostacolo allo sviluppo del commercio transfrontaliero, nel rispetto e nel contemperamento dei diversi interessi coinvolti.

2. *L'antinomia tra la disciplina giuridica dei prezzi di trasferimento e la determinazione del valore dei beni in dogana*

Prima di procedere con l'esame delle varie soluzioni ad oggi prospettate al fine di tentare di trovare una soluzione alla problematica, appare opportuno riassumere, seppur brevemente, le principali caratteristiche dei due insiemi di regole che vengono in considerazione.

Con riferimento alle norme utilizzate in tema di disciplina dei prezzi di trasferimento ed ai fini delle imposte sui redditi, deve rilevarsi come buona parte delle amministrazioni finanziarie nazionali, sia tra gli Stati economicamente sviluppati sia tra quelli in via di sviluppo, abbiano generalmente seguito l'impostazione data dai principi e dalle raccomandazioni contenute nel *Modello di Convenzione OCSE* e nelle *Linee Guida OCSE* in materia¹⁰, che si basano sull'*arm's length principle*, il quale, a sua volta, trova il suo corrispondente nazionale nel principio di libera concorrenza¹¹.

⁹ Si v. in argomento B. Ferroni, *La convivenza (ancora difficile) tra valore in dogana e transfer pricing*, in *Il fisco*, 2014, 24, 2379 ss.

¹⁰ L'ultimo aggiornamento delle *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali è stato posto in essere nel 2017*; i principi e le raccomandazioni contenute in tale documento erano, comunque, già state ribadite nella versione del 2010 delle *Linee Guida*, così come anche nel *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* delle Nazioni Unite del 2013. In particolare, nell'introduzione alle *Linee Guida 2017* si identifica nel principio di libera concorrenza il fondamento della disciplina dei prezzi di trasferimento tra imprese di un gruppo multinazionale e lo si distingue correttamente dall'elusione fiscale, evidenziando come il fine della relativa disciplina non sia quello di tutelare il gettito tributario nazionale. Alle *Linee Guida 2017* è seguito il D.M. 14 maggio 2018, rubricato «*Linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste dall'art. 110, comma 7, del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, in materia di prezzi di trasferimento*». In argomento si v. B. Ferroni, *Stabilite le nuove linee guida per il transfer pricing*, in *Il fisco*, 2018, 25, 1-2449.

¹¹ Le *Linee Guida OCSE*, pur non essendo giuridicamente vincolanti, costituendo esse, piuttosto, un esempio di *soft law*, rappresentano un insieme di "principi guida" osservati nella prassi della maggior parte degli ordinamenti. Vi sono, però, alcune rilevanti eccezioni, costituite da quegli ordinamenti che, in tema di transazioni infragruppo, fanno proprio un tipo di approccio fondato sull'adozione di regole di semplificazione amministrativa (cd. *safe harbour rules*), piuttosto che su rigorosa analisi di comparabilità. Tale approccio è, ad esempio, fatto proprio dal Brasile.

Al contrario, il sistema di regole poste alla base della corretta valutazione delle merci in dogana trae la sua origine da un insieme di norme contenute in alcuni accordi internazionali – e come tali, pertanto, vincolanti per gli Stati aderenti – sottoscritti in seno all’Organizzazione Mondiale del Commercio. Tali accordi¹², i cd. “*WTO Covered Agreements*”, costituiscono l’eredità del *General Agreement on Tariffs and Trade* sottoscritto negli anni successivi al secondo conflitto mondiale, e forniscono uno *standard* effettivo da seguire al fine di porre in essere una corretta valutazione doganale. I Paesi membri, essendo tale *standard* un riferimento vincolante, sono tenuti ad allineare le proprie legislazioni nazionali.

Il sistema doganale alla base della corretta valorizzazione dei beni si fonda, pertanto, in ossequio alle predette disposizioni internazionali, sul valore di transazione, che coincide, come noto, con il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci all’atto della vendita per l’esportazione nel Paese di importazione, cioè a dire il prezzo esposto in fattura, che deve tenere in considerazione gli eventuali aggiustamenti che dovessero rendersi necessari al fine di tenere conto delle spese accessorie e connesse all’operazione¹³.

L’operatività di tale principio generale è soggetta ad alcune deroghe e restrizioni, espressamente indicate nella normativa pattizia, tra cui la più significativa concerne proprio il caso delle transazioni tra soggetti collegati, vale a dire tra soggetti in grado di esercitare potenzialmente una reciproca influenza.

In presenza di una connessione tra soggetto acquirente e soggetto venditore, pertanto, si rende necessario procedere all’effettuazione di una diversa verifica, al fine di propendere per l’accettabilità in dogana del valore di transazione dichiarato all’importazione, e tesa a accertare la non influenza della connessione tra i soggetti al momento della determinazione di tale valore.

Ciò posto, deve osservarsi come il nesso tra disciplina dei prezzi di trasferimento e disciplina del valore in dogana delle merci si costituisca in maniera quasi spontanea, nel momento in cui l’impresa che importa indichi il valore in dogana dei beni acquistati sulla scorta del prezzo fatturato dall’impresa consociata appartenente al medesimo gruppo.

Essendo stati i principi cardine stabiliti a livello internazionale fatti propri dai membri aderenti, tra i quali è dato annoverare l’Unione Europea, deve evidenziarsi come quest’ultima abbia inserito inizialmente tali principi dapprima nel

¹² Si deve evidenziare come, a differenza della maggior parte degli accordi internazionali, i *WTO Covered Agreements* offrano un sistema di protezione rafforzata nei confronti delle possibili violazioni al contenuto degli stessi, ad opera dei Paesi contraenti. Ciò si deve, in particolare, al fatto che l’Organizzazione Mondiale del Commercio costituisce un *unicum* nel campo delle organizzazioni internazionali, in quanto dotata di un proprio sistema di risoluzione delle controversie, basato sulla regola del *reverse consensus*, che prevede, in caso di mancato adempimento da parte dello Stato che ha violato gli accordi, la possibilità di porre in essere azioni di ritorsione commerciale equivalente.

¹³ Spese per commissioni, trasporto, assicurazione, licenze, ecc.

Codice Doganale Comunitario, all'art. 29, per poi trasferirli nell'attualmente vigente Codice Doganale dell'Unione, all'art. 70.

Quest'ultimo, con una formula parzialmente innovativa rispetto a quella utilizzata precedentemente, dispone che «la base primaria per il valore in dogana delle merci è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando sono vendute per l'esportazione verso il territorio doganale dell'Unione, eventualmente adeguato».

Il valore di transazione non sarà, pertanto, accettabile nel momento in cui non siano rispettate determinate condizioni¹⁴, tra le quali, per quello che qui maggiormente interessa, si deve ricordare quella per cui l'acquirente e il venditore non debbono essere collegati. Nel caso in cui lo siano, il valore di transazione deve, comunque, essere accettabile ai fini doganali: in difetto, si dovrà fare ricorso ai metodi secondari al fine di stabilirne uno accettabile.

L'art. 134 delle nuove Disposizioni di Attuazione del Codice Doganale dell'Unione, poi, stabilisce che «qualora il compratore e il venditore siano collegati, e al fine di determinare se tale legame non abbia influenzato il prezzo, le circostanze proprie della vendita sono esaminate ove del caso e al dichiarante è concessa la possibilità di fornire ulteriori informazioni particolareggiate eventualmente necessarie in merito a tali circostanze»: pertanto, al fine di stabilire se il valore di transazione possa essere accettato ai fini doganali, il fatto che il compratore e il venditore siano collegati non è di per sé motivo da solo sufficiente per rifiutare detto valore. Occorrerà, infatti, analizzare le *circostanze proprie della vendita*, e in base ad esse stabilire se il valore di transazione ne sia stato o meno influenzato.

A mente dell'art. 127 delle nuove Disposizioni di Attuazione, due o più soggetti sono legati se – oltre ai normali vincoli di tipo societario – sono in grado di esercitare influenze a livello di reciproco orientamento: e, quindi, se «l'una controlla direttamente o indirettamente l'altra», o «l'una e l'altra sono direttamente o indirettamente controllate da una terza persona», o, infine, se «esse controllano assieme, direttamente o indirettamente, una terza persona»¹⁵.

¹⁴ Le ulteriori condizioni che devono essere rispettate, in particolare, prevedono che non debbano esistere restrizioni per la cessione o l'utilizzazione delle merci da parte del compratore; la vendita o il prezzo non debbono essere subordinati a condizioni o prestazioni il cui valore non possa essere determinato in relazione alle merci da valutare; nessuna parte del prodotto, relativo a qualsiasi rivendita o successiva cessione, deve ritornare direttamente o indirettamente al venditore, a meno che non possa essere operata una adeguata rettifica.

¹⁵ La questione della concreta definizione del concetto di controllo indiretto è quella che, per via della sua intrinseca vaghezza, pone i maggiori problemi all'interprete. La mancanza di norme omogenee si riscontra anche nel settore dell'imposizione diretta, in quanto il par. 1 dell'art. 9 del *Modello di Convenzione OCSE* contro le doppie imposizioni rinvia, per la concreta definizione del concetto di "controllo" per la identificazione delle imprese associate, alle norme di diritto interno del singolo Stato contraente. Si v. in argomento D. Avolio, B. Santacroce, F. Sbandi, *Il concetto di persone legate e il controllo di qualità nell'accertamento di valore in dogana*, in *Corriere tributario*, 2012, 25, 1938 ss.

Benché la definizione di soggetti collegati propria della normativa doganale non sia del tutto coincidente con la simile definizione rilevante ai fini della disciplina dei prezzi di trasferimento, appare evidente come le due normative tendano ad avere lo stesso ambito applicativo¹⁶.

La normativa nazionale, che si sostanzia nell'art. 110, co. 7, D.P.R. n. 917/1986, anche a seguito dell'ultima modifica¹⁷ continua a riferirsi, infatti, ai «componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa»¹⁸.

Allo stesso modo, benché le autorità fiscali e le autorità doganali tendano ad avere interessi contrapposti al momento del controllo delle transazioni infragruppo, è certamente vero che entrambe le normative di riferimento sono dirette ad accertare che il legame tra le soggetti coinvolti non abbia alterato il prezzo tra loro stabilito.

Raccolte le informazioni del caso, se l'autorità doganale ha motivo di ritenere che il legame abbia alterato il valore indicato in fattura, deve informare di ciò il dichiarante, al quale deve essere dato modo di rispondere in ordine ai rilievi formulati: in tale ipotesi, dunque, l'onere della prova sulla correttezza del valore indicato viene addossato al dichiarante¹⁹, a cui è data, quindi, la possibilità di dimostrare che il legame non abbia influenzato il valore di transazione.

¹⁶ Tale linea di pensiero è stata sin dall'inizio fornita dal Ministero delle Finanze, come evidenziato da B. Ferroni, *Transfer pricing e valore doganale*, in *Diritto doganale, delle accise e dei tributi ambientali* (a cura di M. Scuffi, G. Albenzio, M. Miccinesi), Milano, 2013, 448.

¹⁷ Avvenuta con l'entrata in vigore dell'art. 59, co. 1, del D.L. n. 50/2017, che ha modificato la disciplina del *transfer pricing*, slegandola dal criterio di determinazione del valore normale di cui all'art. 9, co. 3, D.P.R. n. 917/1986. In argomento si v. R.A. Papotti, M. Antonini, *Principio di libera concorrenza per la valutazione dei prezzi di trasferimento*, in *Corriere Tributario*, n. 22/2017, 1-1707; D. Avolio, *La disciplina nazionale sul transfer pricing si adegua al principio OCSE di libera concorrenza*, in *Il fisco*, 2017, 30, 1-2933. Sulle ragioni per cui le modifiche apportate all'art. 110, comma 7, del TUIR dal citato art. 59, comma 1, avrebbero natura innovativa, v. E. Della Valle, *Transfer price: cosa cambia?*, in *Il fisco*, 2017, 3521.

¹⁸ Il Ministero delle Finanze, con la risalente Circolare n. 32 del 1980, ha, peraltro, esteso l'ambito di applicazione di tale normativa a tutte le ipotesi in cui sia «esercitata potenzialmente o attualmente un'influenza sulle decisioni imprenditoriali». Tale impostazione è stata avallata dalla Sezione Tributaria della Suprema Corte nella recente sentenza 22 aprile 2016, n. 8130: la Corte ha valorizzato, da un lato, la finalità della normativa e, dall'altro, il mancato richiamo, nell'art. 110, co. 7, D.P.R. n. 917/1986 – a differenza di altre norme tributarie – dell'art. 2359 c.c. Tale circostanza sarebbe espressiva «di una precisa scelta della volontà del legislatore di non vincolare la nozione di controllo fiscale a quella civilistica». La dottrina nettamente prevalente si è espressa nel medesimo senso: v. per tutti, C. Garbarino, *Transfer price*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, XVI, Torino, 1999, 6 ss.; R. Cordeiro Guerra, *La disciplina del transfer price nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 421 ss.; E. Della Valle, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 133 ss.

¹⁹ Si v. sul punto S. Armella, V. Cristiano, *Il valore doganale della merce nei rapporti infragruppo*, in *L'IVA*, 2012, 2, 40 ss.

Sul punto, è stato notato²⁰ come il nuovo Codice Doganale dell'Unione abbia introdotto una importante semplificazione al problema, rispetto alla precedente normativa, nel momento in cui, eliminando l'espressione di "valore accettabile", l'ha sostituita con il principio di "non influenza del prezzo" tra soggetti correlati: ciò, in un certo qual modo, ha confermato la presenza di una comunione di intenti tra normativa in materia di prezzi di trasferimento e normativa doganale²¹.

È necessario, pertanto, dimostrare e documentare che il collegamento tra i soggetti coinvolti nella transazione non abbia avuto effetti impropri sulle circostanze proprie sottese alla vendita: a tal fine, a parte la necessità di rendere edotte le autorità doganali circa l'esistenza del collegamento tra compratore e venditore, non è stata mai richiesta agli operatori alcuna ulteriore attività di *compliance*, contrariamente a quanto avviene nel settore delle imposte dirette, con riferimento al quale, invece, essi sono onerati – al fine di evitare l'irrogazione di pesanti sanzioni – di documentare adeguatamente la politica sui prezzi di trasferimento adottata²².

3. (Segue) *Le diverse metodologie di calcolo e l'esigenza di una maggiore coerenza giuridica tra le due discipline*

La problematica in merito alle relazioni tra la disciplina sui prezzi di trasferimento e la disciplina sulla valorizzazione in dogana, come detto, è stato oggetto di crescente attenzione, tant'è che sullo specifico tema sono state organizzate due conferenze congiuntamente dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e dall'Organizzazione Mondiale delle Dogane, nel biennio 2006/2007, allo scopo di approfondirne lo studio²³.

Durante la prima di tali conferenze sono state esposte le posizioni delle due "scuole di pensiero" contrapposte, vale a dire di coloro i quali auspicavano il perseguimento di *standard* convergenti per i due sistemi e di coloro i quali, al contrario, sottolineavano le fisiologiche divergenze dei due insiemi di regole. Durante i

²⁰ Si v. B. Ferroni, *La convivenza (ancora difficile) tra valore in dogana e transfer pricing*, in *Il fisco*, 2014, 24, 2379 ss.

²¹ La formulazione del previgente art. 29 del Codice Doganale Comunitario prevedeva che «il valore in dogana delle merci è il valore di transazione [...] a condizione che [...] d) il compratore ed il venditore non siano legati o, se lo sono, il valore della transazione sia accettabile ai fini doganali». Il vigente art. 70 del nuovo Codice Doganale dell'Unione, invece, si limita a precisare che "il valore di transazione si applica purché ricorrano tutte le condizioni seguenti: [...] d) il compratore e il venditore non siano collegati o la relazione non abbia influenzato il prezzo».

²² Si v. sullo specifico punto B. Ferroni, *Transfer pricing e valore doganale*, cit., 449.

²³ Su cui v. L. Ping, C. Silbertzein, *Transfer Pricing, Customs Duty and VAT Rules: Can We Bridge the Gap?*, in *World Commerce Review*, Vol. 1, Issue 1, 2007 (www.oecd.org/dataoecd/40/54/39265412.pdf). Il resoconto dei lavori è disponibile online, in <http://wcoomd.org/speeches>.

lavori della seconda conferenza ci si è poi focalizzati sugli indubbi vantaggi conseguibili attraverso un miglioramento della coerenza tra i due sistemi.

Al centro dell'attenzione è stata posta, in particolare, la questione dell'accettabilità, da parte dell'amministrazione doganale, degli aggiustamenti di prezzo in un momento successivo all'importazione e allo sdoganamento delle merci, e la questione relativa al valore da attribuire a quelle analisi sui prezzi di trasferimento impostate sull'utilizzo dei metodi reddituali (in particolare il metodo del margine netto di transazione e il metodo della ripartizione degli utili).

Pur avendo contribuito ad incentrare l'attenzione su tali temi, durante tali conferenze non si è riusciti a elaborare uno *standard* unico di valutazione: ciò in quanto l'argomentazione contenuta nelle allora vigenti *Linee Guida OCSE*, secondo cui i metodi previsti nella disciplina dei prezzi di trasferimento non sarebbero stati pienamente sovrapponibili a quelli previsti nella disciplina doganale, ha continuato a fare presa, soprattutto nei confronti delle amministrazioni finanziarie coinvolte.

In particolare, ad essere oggetto di dibattito è stata la compatibilità dei metodi previsti dalla normativa doganale internazionale e comunitaria con la totalità dei metodi previsti dalle *Linee Guida OCSE*. Ed infatti, solo i metodi *tradizionali* (metodo del "confronto del prezzo", metodo del "prezzo di rivendita" e metodo del "costo maggiorato") sono stati ritenuti assimilabili, pur con le dovute cautele, ai metodi *secondari* previsti dalla normativa doganale²⁴.

Ha contribuito alla mancata individuazione di una linea comune anche il sempre maggiore utilizzo, nella prassi delle grandi imprese, dei metodi reddituali rispetto a quelli tradizionali, in quanto più facilmente gestibili attraverso l'uso delle banche dati di riferimento tra gli operatori del settore. Questi ultimi sono facilitati dal fatto che, attraverso questi metodi, le condizioni oggetto di analisi si riducono ai soli indicatori di profitto, la cui disponibilità è maggiore rispetto a quelle che sono le condizioni oggetto di comparabilità dei metodi tradizionali, che concentrano l'analisi sul margine lordo della transazione²⁵.

Si è detto che l'attuale normativa doganale, così come la precedente, non pone nessuna presunzione assoluta in ordine all'influenza del legame sul prezzo

²⁴ Si v. sul punto M. Fabio, *Valore doganale e transfer pricing*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011, 3, *passim*. Lo stesso Autore nota come, per altro verso, tale ravvicinamento dei sistemi di valorizzazione potrebbe anche apparire forzato, in quanto alla base dei due sistemi di valorizzazione sono poste tradizioni giuridiche ed obiettivi differenti, sin dalla loro impostazione di base, e che in sede di applicazione non hanno mai avuto quel confronto che al giorno d'oggi la pratica del commercio internazionale ha reso sempre più necessario.

²⁵ La prevalenza dell'utilizzo dei metodi reddituali è confermata anche dall'Agenzia delle Entrate, la quale, nei suoi *Bollettini sul ruling internazionale*, ha reso noto che la massima parte degli accordi sottoscritti con le imprese multinazionali si basa sul loro utilizzo. Si v. in argomento G.M. Committeri, *Il secondo Bollettino dell'Agenzia delle Entrate sul ruling internazionale*, in *Corriere tributario*, 2013, 22, 1765.

concordato tra le parti, ed anzi, sembra sollecitare maggiormente, rispetto alla precedente, l'esame delle circostanze proprie della vendita.

Per mezzo di tale esame possono essere oggetto di analisi rilevanti aspetti della transazione, come, ad esempio, le modalità con cui l'acquirente e il venditore hanno organizzato il loro rapporto commerciale, o le modalità di fissazione del prezzo, in modo da cercare di stabilire se il collegamento abbia in qualche modo potuto influenzarlo²⁶.

Con riferimento al valore dichiarato, poi, esso deve essere rispettato ed accettato come base per il valore di transazione allorquando esso si collochi nelle immediate vicinanze di uno dei valori scaturenti dall'applicazione dei metodi secondari di determinazione del valore, previsti dall'art. 74 del Codice Doganale Comunitario, vale a dire il valore di transazione delle vendite a compratori non correlati di merci identiche o similari per l'esportazione nello stesso Paese di importazione, il valore dedotto di merci identiche o similari, e, infine, il valore calcolato di merci identiche o similari più o meno nello stesso momento dell'esportazione.

Con riferimento all'ipotesi di assimilazione di questi metodi a quelli di determinazione dei prezzi di trasferimento previsti dall'OCSE²⁷, si è visto come essa corra il rischio di essere una forzatura, proprio perché le diverse fattispecie non sono rispettivamente sovrapponibili²⁸: in primo luogo, perché i metodi secondari in dogana sono pensati fundamentalmente come criteri validi per il caso dell'importazione, mentre l'applicazione dei metodi in materia di prezzi di trasferimento è possibile sia in maniera bivalente e sia in maniera aggregata al termine del periodo d'imposta di riferimento²⁹; in secondo luogo, i metodi secondari trovano applicazione in dogana secondo un criterio impostato in base a criteri di accessoria e sussidiarietà, che impongono l'iniziale ricorso al valore di transazione di merci identiche o similari, per poi applicare, in sequenza, il valore dedotto e poi il valore calcolato, al contrario delle *Linee Guida OCSE*, che, invece, hanno abbandonato l'approccio preordinato fatto proprio in precedenza, e hanno

²⁶ In particolare, l'importatore potrà dimostrare alle autorità doganali che la relazione tra le parti non ha influito sul prezzo praticato se, ad esempio, esso è stato stabilito in maniera coerente con le normali pratiche tariffarie del settore in questione, oppure se esso è stato stabilito in modo coerente con il modo in cui il venditore definisce i prezzi per vendite similari a compratori che non sono legati, oppure, ancora, se esso è adeguato al fine di garantire il recupero di tutti i costi maggiorati di un profitto, che è equivalente al profitto medio dell'impresa realizzato in un periodo di tempo rappresentativo della vendita di merci della stessa classe o natura.

²⁷ Si v. in argomento M. Fabio, *Valore doganale e transfer pricing*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011, 3, 45.

²⁸ Si v. per un approfondimento S. Ibàñez Marsilla, *Customs valuation and transfer pricing*, ERA Forum, 2009, 399 ss.

²⁹ Come sottolineato anche dal Ministero delle Finanze, nella Circ. n. 32 del 22 settembre 1980, nella quale si afferma che «[...] l'Amministrazione doganale e quella delle II.DD. pervengono... sovente, a conclusioni diverse relativamente al valore dello stesso bene. Ciò, prevalentemente, in dipendenza del differente momento impositivo (...)».

oramai privilegiato la scelta del metodo “maggiormente appropriato in base alle concrete circostanze del caso”, con l’unica raccomandazione (ma non certo l’obbligo) di privilegiare l’utilizzo dei metodi *tradizionali* ed, in particolare, il metodo del *confronto di prezzo*, a parità di condizioni.

Non può, poi, trascurarsi la fondamentale importanza che, nella disciplina dei prezzi di trasferimento, è attribuita ad una corretta analisi funzionale, al fine di determinare un prezzo “congruo”. Le *Linee Guida OCSE* ne sottolineano adeguatamente l’importanza, mentre una simile disposizione non si ritrova nella normativa doganale, benché quest’ultima, al fine di analizzare correttamente le condizioni della vendita, sembri presupporre un’analisi di tale tipo.

La normativa doganale, poi, prevede minuziosamente la disciplina di alcune componenti di costo che devono essere sommate al valore³⁰, mentre la disciplina dei prezzi di trasferimento spesso sottopone i medesimi componenti di costo ad una separata ed autonoma valutazione³¹.

Ulteriori complicazioni, infine, potrebbero sorgere nel momento in cui il contribuente decidesse del tutto legittimamente di scegliere l’applicazione di uno dei due principali metodi reddituali, pure contemplati dalle *Linee Guida OCSE*, e la cui applicabilità nell’ultima versione pare essere stata sicuramente più caldeggiata.

Tutte queste differenze hanno rallentato il pur auspicato processo di armonizzazione, ed hanno fatto sì che la soluzione al problema fosse cercata altrove.

4. *L’onere documentale e la prova della correttezza dei prezzi di trasferimento*

Le difficoltà che si sono appena delineate hanno indotto a dirigere gli sforzi verso altre prospettive di analisi, sempre, però, al fine di valorizzare il tratto saliente comune ai due settori, costituito dalla finalità di assicurare che il prezzo della transazione non sia stato influenzato dalla circostanza che la stessa sia intervenuta tra parti correlate.

Messo da parte lo sforzo diretto al tentativo di individuare eventuali punti di contatto tra le due normative, ed, in particolare, di perseverare nel tentativo di assimilazione tra i metodi di valutazione tradizionali previsti dalle *Linee Guida OCSE* ed i metodi secondari previsti dalla normativa doganale, si è cercato di trovare una soluzione che si collocasse a monte, e che consentisse di privilegiare l’u-

³⁰ Come, ad esempio, il valore dei diritti di licenza da aggiungere, se questi ultimi costituiscono condizioni della vendita.

³¹ Si v. in argomento G. Cottani, *Valuation of intangibles for direct tax and customs purposes: is convergence the way ahead?*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2007, 9-10, 285 ss.

tilizzo del criterio principale previsto dalla disciplina doganale, vale a dire il valore di transazione, supportato da altri strumenti a disposizione dell'importatore per dimostrare la congruità del prezzo pagato.

Come è stato correttamente osservato, privilegiando l'applicazione del criterio principale, infatti, si potrebbe prescindere dall'applicazione dei metodi secondari e dalla loro compatibilità con i metodi previsti dalle *Linee Guida OCSE*³².

In tale contesto, il Comitato Tecnico del Valore costituito in seno all'Organizzazione Mondiale delle Dogane ha predisposto il *Commentario 23.1*, per mezzo del quale ha posto in risalto l'importanza e la potenziale utilità della documentazione sui prezzi di trasferimento in possesso dell'importatore, che, con le opportune accortezze, può certamente risultare utile anche ai fini doganali³³, al fine di valutare le circostanze proprie relative alla vendita. L'esame di tale documentazione, quindi, diretto a stabilire se il legame abbia o meno influenzato il prezzo concordato tra le parti, è apparso certamente auspicabile³⁴.

Ed anzi, tale ultima impostazione, a seguito dell'introduzione – nel nostro ordinamento – della normativa in materia di “oneri documentali”³⁵, che ha portato alla sistematica predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento da parte delle imprese multinazionali operanti nel nostro Paese, anche per via delle favorevoli conseguenze in termini di trattamento sanzionatorio, appare oggi una delle vie più promettenti da percorrere al fine di ottenere il riconoscimento della validità dei prezzi di trasferimento anche in dogana³⁶.

³² Con riferimento a tale impostazione, si v. J. Martin Jovanovich, *Comparison between Customs Valuation and OECD Transfer Pricing Guidelines*, in *Transfer Pricing and Customs Valuation* (a cura A. Bakker, B. Obuoforibo), International Bureau of Fiscal Documentation, 2009, 159.

³³ Il *Commentario 23.1.*, al punto 8, infatti, non propende per l'utilizzazione in ogni caso della documentazione relativa agli studi sul transfer pricing: «*On one hand, a transfer pricing study submitted by an importer may be a good source of information, if it contains relevant information about the circumstances surrounding the sale. On the other hand, a transfer pricing study might not be relevant or adequate in examining the circumstances surrounding the sale because of the substantial and significant differences which exist between the methods in the Agreement to determine the value of the imported goods and those of the OECD Transfer Pricing Guidelines. Accordingly, the use of a transfer pricing study as a possible basis for examining the circumstances of the sale should be considered on a case by case basis. As a conclusion, any relevant information and documents provided by an importer may be utilized for examining the circumstances of the sale. A transfer pricing study could be one source of such information*». Per via delle differenze tra la normativa sui prezzi di trasferimento e la normativa, secondo il *Commentario 23.1.*, quindi, la documentazione sul *transfer pricing* non potrebbe essere automaticamente accettata dalla dogana per ritenere accertate le circostanze relative alla vendita, e, quindi, il valore di transazione dichiarato, ma andrebbe adeguatamente soppesata caso per caso.

³⁴ Si v. quanto ritenuto da B. Ferroni, *Transfer pricing e valore doganale*, cit., 454.

³⁵ Le disposizioni relative sono contenute nell'art. 26 (rubricato «*Adeguamento alle direttive OCSE in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento*») del D.L. n. 78/2010, dedicato alle «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*» (cd. Decreto anticrisi), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 125 del 31 maggio 2010.

³⁶ Secondo il parere del Comitato Tecnico del Valore costituito in seno all'Organizzazione Mondiale delle Dogane, gli studi e la documentazione sui prezzi di trasferimento possono essere vagliati durante la fase istruttoria dall'amministrazione doganale. La dottrina (si v. M. Fabio, *La rilevanza delle policy di transfer pricing*

In tal senso depongono anche le esperienze già maturate in altri ordinamenti, che si presentano, peraltro, variegate.

Per quanto riguarda il contesto europeo, sebbene vi sia la presenza di una normativa doganale basata su una matrice comune, non vi è un approccio uniforme al problema: si assiste, infatti, alla presenza di differenti prassi amministrative – non codificate – ad esempio in Germania, in Belgio e in Olanda, in virtù delle quali gli studi e la documentazione sui prezzi di trasferimento a disposizione del soggetto importatore sono da tempo accettati nel momento in cui si debba verificare la correttezza del valore di transazione dichiarato all'atto dell'importazione.

Al di fuori del contesto europeo, invece, prassi che consentono all'importatore di produrre all'attenzione dell'autorità doganale la documentazione sui prezzi di trasferimento si riscontrano in particolare nelle economie maggiormente avanzate di cultura anglosassone, e quindi negli Stati Uniti d'America, in Canada e in Australia, oltre che in Cina.

Per quanto riguarda gli Stati Uniti d'America, si deve evidenziare come l'autorità doganale statunitense abbia negli ultimi anni, e più precisamente dal 2012, mutato la propria posizione in ordine alla possibilità di convalidare i prezzi di trasferimento utilizzati come valore di transazione delle merci anche nel caso degli aggiustamenti da *transfer pricing*, prevedendo che anche a tale fattispecie fosse estesa l'applicazione del *Customs Reconciliation Program*³⁷, per mezzo del quale viene permesso all'importatore di rettificare il valore di transazione precedentemente dichiarato all'atto dell'importazione, purché venga fornita la documentazione sui prezzi di trasferimento predisposta dal contribuente e sottoscritta prima dell'effettuazione dell'importazione, e da cui sia possibile evincere in maniera esaustiva la metodologia utilizzata al fine di quantificare gli aggiustamenti applicati alla fine del periodo d'imposta³⁸.

Anche il Canada si muove nella stessa direzione, avendo approvato un Memorandum³⁹ attraverso il quale è stata riconosciuta la possibilità per l'im-

per la riconciliazione in dogana, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2014, 4, 42) ha sottolineato come a carico del contribuente sia posto il generale obbligo di produrre tutta la documentazione ritenuta necessaria a supportare la correttezza del valore di transazione dichiarato: da questo punto di vista, già sotto la vigenza della precedente normativa, la documentazione sui prezzi di trasferimento avrebbe potuto essere ricompresa tra gli "altri documenti", di cui all'art. 218 del Reg. CEE n. 2454/1993.

³⁷ Si v. la pubblicazione *Determining the acceptability of transaction value for related party transaction* del maggio 2012, a cura dello *United States Customs and Board Protection*, in www.cbp.gov.

³⁸ Si assiste, quindi, da parte dell'autorità doganale americana, ad un espresso riconoscimento del valore probatorio della documentazione sui prezzi di trasferimento predisposta dal contribuente.

³⁹ Si v. il *Memorandum D 13-4-5*, dal titolo *Transaction value method for related person*. In tale memorandum, nella versione del 2001, la *Canada Border Service Agency* affermava che: «*The CCRA will accept, for valuation purposes a price paid or payable which is derived from one of the methods set out in the OECD Report, unless there is information on prices available which is more directly related to specific importations*». Successivamente, nella versione del 17 settembre 2015 (in www.cbsa-asfc.gc.ca), l'autorità doganale canadese si è spinta oltre, affermando che «*When a transfer price agreement between a vendor and a related purchaser exists in writing and is in effect*

portatore di dimostrare che il valore di transazione dichiarato, e corrispondente al prezzo pagato, non abbia risentito del collegamento tra le parti, attraverso le informazioni contenute negli studi sui prezzi di trasferimento. Tale possibilità è stata riconosciuta a prescindere dal fatto che gli studi sui prezzi di trasferimento siano stati condotti attraverso l'utilizzo (che, come si è visto, appare forzato) dei metodi previsti dalle *Linee Guida OCSE* anche in ambito doganale.

Per quanto riguarda l'Australia, l'amministrazione doganale ha emanato un *Practice Statement* per mezzo del quale sono state fornite le indicazioni necessarie agli importatori al fine di ottenere un *Valuation Advice*⁴⁰. Per procedere al rilascio di tale documento, viene ritenuta particolarmente utile, dalla dogana australiana, la documentazione sui prezzi di trasferimento predisposta dal contribuente, con particolare riferimento alla sezione contenente i dati sul metodo utilizzato per testare la correttezza della politica dei prezzi di trasferimento adottata, specie se avallata da *advanced pricing agreements* sottoscritti con l'autorità fiscale nazionale o con le autorità fiscali estere.

Da ultimo, una importante novità intervenuta qualche anno addietro concerne la Cina, la cui amministrazione doganale⁴¹ ha emanato per la prima volta – alla fine del 2013 – una determinazione⁴² con cui viene stabilito che, in caso di transazioni infragruppo, se il soggetto importatore è in grado di fornire all'amministrazione doganale la prova che l'operazione è stata posta in essere in modo conforme alla pratica commerciale corrente, la dogana di entrata potrà accettare il valore in dogana dichiarato per le merci⁴³. La prova che deve essere fornita all'autorità doganale cinese, al fine di dimostrare la correttezza del prezzo indicato in rapporto alle circostanze proprie della vendita, è costituita, quindi, dall'aver posto in essere l'operazione in maniera conforme alla prassi commerciale⁴⁴: a tal fine,

at time of importation, the transfer price is considered by the CBSA to be the "uninfluenced" price paid or payable for imported goods. For the price to remain uninfluenced, payments made to the vendor and/or adjustments to the price after importation must be declared to the CBSA. Si v. in argomento J.M.Wilks, D.J. McShane, *Customs valuation and transfer pricing in Canada*, in www.mcmillan.ca, 19 giugno 2002; R. Ainsworth Thompson, *Transfer pricing in VAT/GST vs Direct Taxation: A Paper on the Topic of Relations between Associated Companies*, in *Boston University School of Law Working Paper*, n. 09/02, in www.bu.edu/law/workingpapers.../ainsworth011209.pdf.

⁴⁰ Sullo specifico caso dell'esperienza australiana si v. D. Fuxa, "Transfer pricing study" e determinazione del valore in dogana: verso un'integrazione?, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2011, 8, 17 ss.

⁴¹ La *General Administration of Customs People's Republic of China (GACC)*.

⁴² Si v. il *GAC Order [2013] n. 213*, dal titolo *Measures of the PRC Customs on Determination of Dutiable Value for Imports and Exports*, in <http://english.customs.gov.cn>.

⁴³ Così, in particolare, si esprime la determinazione, all'articolo 18: «*Upon examination of information relating to sales of goods, where the sales comply with the general commercial practice, the Customs may determine that the special relationship does not have effect on the transacted price of imports.*»

⁴⁴ Sempre con tale determinazione, peraltro, l'autorità doganale cinese si è adeguata alle disposizioni dell'Organizzazione Mondiale del Commercio in tema di "test del valore". L'art. 17 della determinazione, infatti, dispone che: «*Where there is a special relationship between the buyer and the seller but the taxpayer is able to prove that the transacted price is close to any of the following prices at the same time or roughly around the same time, the special relationship shall be deemed to have no effect on the transacted price of the imports: (1) the transact-*

potrà essere certamente utile fare ricorso alle informazioni contenute nella documentazione sui prezzi di trasferimento, soprattutto in ordine al metodo adottato per testare la correttezza della politica adottata⁴⁵.

5. *Le raccomandazioni della Camera di Commercio Internazionale di Parigi ed i metodi di valorizzazione delineati dalle Linee Guida OCSE*

L'interpretazione contenuta nel Commentario 23.1., della quale si è dato conto in precedenza, è stata fatta propria dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi: quest'ultima, infatti, in un *Policy Statement* approvato nel 2012⁴⁶ e aggiornato nel 2015⁴⁷, ha fornito alcune raccomandazioni e formulato alcune proposte in merito alle *Linee Guida OCSE* sui prezzi di trasferimento e all'utilizzabilità di questi ultimi in dogana⁴⁸.

La Camera di Commercio Internazionale, partendo dal presupposto costituito dal fatto che un'impresa che rispetti le disposizioni contenute sia nelle *Linee Guida OCSE* e sia, più in generale, nelle regole dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, può, comunque, vedersi contestare la modalità di determinazione

ed price of identical or similar imports sold to a buyer in China which does not have a special relationship with the seller; (2) the dutiable value of identical or similar imports determined in accordance with the provisions of Article 23; or (3) the dutiable value of identical or similar imports determined in accordance with the provisions of Article 25. When making a comparison using the aforesaid price(s), the Customs shall consider the difference in commercial standards and import quantities, as well as whether the variance in costs is affected by the buyer and the seller having a special relationship».

⁴⁵ Con riferimento all'esperienza cinese, l'introduzione di questa nuova prassi è stata considerata un vero e proprio "punto di rottura" rispetto al passato. Le richieste degli uffici locali di fornire la documentazione sui prezzi di trasferimento sono sempre più frequenti, e entrano sempre più spesso nella usuale attività di verifica sulla valorizzazione delle merci. In passato, invece, le dogane cinesi tendevano a contestare la correttezza del valore dichiarato non tanto basandosi sul merito del modello di *pricing* adottato nelle transazioni infragruppo, in quanto tendevano a fare riferimento ad un database interno di prezzi, utilizzati per l'importazione di beni identici o similari. Tali prezzi-soglia, invece che venire utilizzati per la preliminare attività di selezione delle posizioni a maggiore rischio di sottofatturazione, erano utilizzati praticamente come veri e propri "valori minimi" da contestare agli importatori e da accertare con riferimento ai beni identici o similari introdotti, senza tenere conto, peraltro, del diverso stadio di commercializzazione o delle eventuali differenze nelle caratteristiche fisiche e tecniche delle merci controllate.

⁴⁶ Si v. il documento *Transfer Pricing and Customs Value* (Document n. 180/103-6-521), a cura dell'*International Chamber of Commerce*, pubblicato nel febbraio 2012.

⁴⁷ Si v. il documento *Transfer Pricing and Customs Valuation - 2015* (Document n. 180/104-536), a cura dell'*International Chamber of Commerce*, pubblicato nel febbraio 2015. I due interventi della Camera di Commercio Internazionale, oltre a costituire una evidente presa di coscienza dell'attualità del tema, costituiscono con ogni evidenza soprattutto un contributo di carattere propositivo estremamente importante, atteso che il dibattito che ancor oggi va avanti non ha ancora trovato una soluzione definitivamente condivisa.

⁴⁸ Per un approfondimento in merito si v. D. Avolio, B. Santacroce, E. Sbandi, *Transfer pricing e valore in dogana: le linee guida dell'ICC di Parigi*, in *Corriere tributario*, 2012, 31, 2396; M. Fabio, *La rilevanza delle policy di transfer pricing per la riconciliazione in dogana*, in *Fiscaltà e commercio internazionale*, 2014, 4, 38; B. Ferroni, *Transfer pricing e valore doganale*, cit., 453 ss.

del valore delle merci sia ai fini delle imposte dirette sia ai fini doganali⁴⁹, nel suo *Policy Statement* in primo luogo evidenzia come ciò sia dovuto al fatto che ancora oggi le amministrazioni coinvolte adottino differenti approcci allorquando abbiano a che fare con il problema della valorizzazione delle merci.

Le differenze obiettivamente riscontrabili tra i due sistemi di norme, tuttavia, non impediscono di enfatizzare ed apprezzare, secondo la Camera di Commercio Internazionale, quelle convergenze che potrebbero costituire il punto di partenza per consentire di poter giungere ad una interpretazione unitaria del principio dell'*arm's length*⁵⁰.

È stato osservato⁵¹ come l'approccio metodologico fatto proprio dalla Camera di Commercio Internazionale sia fondato su di un criterio definibile come di attrazione ed implicita accettabilità, anche ai fini doganali, dei metodi di valorizzazione delineati dalle *Linee Guida OCSE* per quanto riguarda la disciplina dei prezzi di trasferimento: saremmo in presenza non di un formale mutuo riconoscimento dei due sistemi di norme, quanto, piuttosto, del superamento dell'ostacolo costituito dalla loro inconciliabilità. Quest'ultima, infatti, verrebbe in un certo qual modo meno nel momento in cui, per mezzo dell'analisi condotta con la documentazione sui prezzi di trasferimento, si riuscisse a dimostrare che il prezzo di transazione non è stato alterato dal collegamento tra le parti.

L'interpretazione fornita dalla Camera di Commercio Internazionale, ponendosi in continuità con quanto auspicato dalla moderna dottrina e dall'Organizzazione Mondiale delle Dogane, attraverso il Commentario 23.1, si sostanzia in alcune concrete proposte, che meritano di essere analizzate.

⁴⁹ Il *Policy Statement 2015* afferma infatti che «*This dichotomy, present in both developed and developing countries, creates a climate of uncertainty and complexity compounded by economic globalization. It also leads to increases in implementation and compliance costs, absence of flexibility in the conduct of business operations, and furthermore creates a significant risk of penalties. Indeed, even when a company complies with both the OECD guidelines/principles and the World Trade Organization (WTO) Valuation Agreement, there is no guarantee that there will not be a dispute between two countries or two administrations in the same country on the determination of the arm's length price. This means that valuation conflicts can arise not only prior to but also after an audit.*»

⁵⁰ Si deve evidenziare, comunque, come la Camera di Commercio Internazionale, nel suo *Policy Statement* dia quasi per scontata la possibilità di utilizzare la documentazione predisposta dal contribuente in merito alla politica dei prezzi di trasferimento adottata anche in ambito doganale, opportunamente integrata con quelle ulteriori informazioni eventualmente utili agli uffici doganali. Ed infatti, nelle premesse del *Policy Statement 2015*, come già avveniva nella precedente versione del 2012, è affermato che: «*A recommended method to accomplish harmonization of customs and income tax requirements is for customs administrations to use information contained in transfer pricing studies. It will help determine whether the price between related parties is acceptable for customs valuation. Indeed, ICC notes that the World Customs Organization (WCO) has already considered the appropriateness of transfer pricing documentation in Commentary 23.1 of the Technical Committee on Customs Valuation (TCCV). To the extent a customs administration believes it needs additional data that is readily available in the normal course of business to supplement standard transfer pricing study data sets, those data elements should be clearly defined and published.*»

⁵¹ Si v. l'opinione espressa da B. Ferroni, *La convivenza (ancora difficile) tra valore in dogana e transfer pricing*, in *Il fisco*, 2014, 24, 2383. L'Autore evidenzia come, in buona sostanza, la Camera di Commercio Internazionale proponga una sorta di ricongiungimento tra i due sistemi di valorizzazione.

Viene proposto⁵², in primo luogo, che l'amministrazione doganale riconosca in maniera formale la validità dell'*arm's length principle* così come delineato dalle *Linee Guida OCSE* in materia di prezzi di trasferimento⁵³.

Ed infatti, posto che l'eventuale legame tra acquirente e venditore non costituisce motivo sufficiente per considerare inaccettabile il valore di transazione, coerentemente con quanto affermato nel Commentario 23.1, secondo la Camera di Commercio Internazionale l'importatore che determina la propria politica sui prezzi applicati in conformità con le *Linee Guida OCSE* dovrebbe poter vedere legittimamente riconosciuta la relativa documentazione anche dall'autorità doganale ai fini dell'accettabilità del valore di transazione dichiarato al momento dello sdoganamento.

A tal fine, la Camera di Commercio Internazionale, pur ricordando come la normativa doganale relativa alla determinazione del valore sia dettagliata, evidenza come essa non neghi la legittimità delle operazioni tra parti collegate, e non neghi la rilevanza dell'analisi delle circostanze proprie della vendita. Per mezzo di tale impostazione, sarebbe possibile ovviare all'ostacolo costituito dal fatto che i metodi di calcolo del valore accettabile previsti dalla disciplina doganale, pur in qualche modo assimilabili a quelli di determinazione dei prezzi di trasferimento, non siano perfettamente sovrapponibili ad essi. Tale ostacolo pare essere superabile solo per mezzo di un espresso riconoscimento della validità dei metodi OCSE, al fine di consentire al contribuente di dimostrare, anche in ambito doganale, che il legame tra le parti non ha alterato il valore della transazione, dato che, attraverso l'analisi contenuta nello studio sui prezzi di trasferimento, si riuscirebbe a dimostrare che le condizioni economiche della vendita sono equiparabili a quelle normalmente praticate tra soggetti terzi.

Naturale conseguenza di tale impostazione è la successiva proposta della Camera di Commercio Internazionale, relativa agli aggiustamenti di prezzo successivi alla transazione, i quali, posti in essere a fini fiscali, devono essere ritenuti validi anche ai fini doganali. Il dialogo tra amministrazione doganale e contribuente, quindi, dovrebbe andare oltre il momento della presentazione delle merci alla dogana, in modo da poter tenere conto delle possibili variazioni e modificazioni del prezzo prima concordato, e che normalmente avvengono successivamente all'importazione.

⁵² Si v. la *Proposal 1* del *Policy Statement 2015*, secondo cui vi deve essere la «*recognition by the customs administration that businesses which establish prices between related parties in accordance with the arm's length principle (as per Article 9 OECD Model Tax Convention) have generally demonstrated that the relationship of the parties has not influenced the price paid or payable under the transaction value basis of appraisal, and consequently that the prices establish the basis for customs values.*».

⁵³ In aggiunta a quanto raccomandato con la precedente versione, si deve notare come nel 2015 la Camera di Commercio Internazionale pare essersi spinta oltre, nel momento in cui ha raccomandato di ritenere dimostrato il rispetto di tale principio già solo attraverso la documentazione sui prezzi di trasferimento.

Gli aggiustamenti di prezzo successivi alla transazione dovrebbero essere poi gestiti secondo criteri forfetari, in grado di conciliare, da un lato, l'interesse alla percezione del dazio corretto, e, dall'altro, l'interesse alla speditezza dei traffici. Pertanto, sempre a seguito di un aggiustamento, gli importatori non dovrebbero essere costretti a procedere alla revisione dell'accertamento per singola bolletta, ma dovrebbero essere messi nelle condizioni di poter procedere alla predisposizione di una nota riepilogativa. Inoltre, a seguito di un aggiustamento post transazione non dovrebbe essere prevista l'irrogazione di sanzioni amministrative di natura pecuniaria.

La Camera di Commercio Internazionale, poi, propone l'adeguamento delle definizioni di merci identiche e di merci simili, e il riconoscimento dell'importanza che il profilo funzionale e di rischio – connesso specificamente ad ognuna delle società che, all'interno del gruppo, pone in essere gli scambi commerciali con altri soggetti legati – riveste nella determinazione del prezzo di transazione.

Infine, l'auspicio della Camera di Commercio Internazionale è quello di un generale riconoscimento, anche in ambito doganale, dell'intera documentazione sulla determinazione dei prezzi di trasferimento predisposta dal contribuente, in maniera da introdurre una diretta valenza probatoria degli elementi accettati nell'ambito delle imposte dirette, anche attraverso una incorporazione, all'interno della documentazione, di tutte le ulteriori informazioni utili al fine di verificare l'accettabilità del valore di transazione anche ai fini doganali.

6. *Gli aggiustamenti di prezzo in dogana: esperienze giuridiche comparate*

Si è detto in precedenza come la Camera di Commercio Internazionale caldeggi il riconoscimento anche in dogana degli aggiustamenti di prezzo posti in essere a seguito dell'applicazione della politica di *transfer pricing* utilizzata nel gruppo di imprese. Appare, quindi, opportuno soffermarsi brevemente sulle implicazioni pratiche di tale riconoscimento.

È noto che è al momento dell'importazione che viene normalmente posta in essere e completata l'analisi del valore di transazione dichiarato in dogana.

Accade spesso, tuttavia, che le società facenti parte del gruppo multinazionale correggano i prezzi di trasferimento applicati nelle loro transazioni infragruppo, al fine di ottenere dei risultati reddituali ossequiosi degli *standard arm's length* previsti e pianificati precedentemente al fine di raggiungere determinati obiettivi.

Tali rettifiche, come detto, oltre ad avere un impatto nel settore delle imposte dirette, possono avere ripercussioni spesso molto significative in merito al valore di transazione in dogana⁵⁴.

Tale fattispecie, non essendo espressamente presa in considerazione dalla normativa, pare idonea a generare una intima contraddizione, posto che per via del normale operare del principio del valore di transazione, il valore rilevante in dogana viene identificato con il prezzo delle merci al momento della vendita per l'esportazione verso il Paese di importazione, con la conseguenza che le possibili rettifiche successive del prezzo non dovrebbero poter avere conseguenze sulla determinazione del valore delle merci.

La dottrina⁵⁵ ha poi osservato che la possibile rettifica a posteriori del prezzo originariamente dichiarato all'atto dell'importazione potrebbe generare dubbi in capo all'amministrazione doganale, e potrebbe essere da questa essere interpretata come una implicita dimostrazione del fatto che il prezzo inizialmente dichiarato non doveva essere accettato, appunto perché non identificativo del corretto valore di transazione⁵⁶.

Tale impostazione, tuttavia, sconta una interpretazione letterale e alquanto forzata della norma, se solo si pensa che anche il Comitato Tecnico del Valore dell'Organizzazione Mondiale delle dogane ha ritenuto⁵⁷ che la locuzione «quando vendute per l'esportazione»⁵⁸ identifichi solamente il tipo di operazione da considerare, chiarendo, altresì, che la sola presenza di aggiustamenti retroattivi di prezzo non dovrebbe impedire di tenerne considerazione al fine di individuare il valore di transazione: le rettifiche di prezzo, quindi, parrebbero poter trovare ingresso anche nel settore doganale.

La problematica della validità degli aggiustamenti retroattivi si complica ulteriormente nel momento in cui il metodo utilizzato dall'impresa per determinare l'entità di tale aggiustamento, al fine di raggiungere la congruità dei propri

⁵⁴ Tali ripercussioni normalmente interessano le rettifiche dei prezzi dichiarati all'atto dell'importazione delle merci, in quanto, come noto, per via del fatto che, a livello doganale, viene generalmente accettato il principio di tassazione nel Paese di destinazione, l'esportazione delle merci, non genera imposizione daziaria o l'applicazione di altri diritti di confine.

⁵⁵ Si v. l'opinione di F. Idsinga, B. Kalshoven, M. Van Herksen, *Let's Tango! The Dance between VAT, Customs and Transfer Pricing*, cit., 208.

⁵⁶ Proprio per tale ragione, le amministrazioni doganali – come ad esempio quella degli Stati Uniti – non hanno mai ritenuto accettabili ai fini doganali gli aggiustamenti retroattivi di prezzo. Tale impostazione pare ora essere stata superata, nell'esperienza statunitense, successivamente all'introduzione *Customs Reconciliation Program*, per mezzo del quale si è riconosciuta, da un lato, la validità della documentazione sui prezzi di trasferimento al fine di dimostrare che il collegamento tra le parti non ha influenzato il prezzo pagato, e, dall'altro, la validità dei *post-transaction transfer pricing adjustments*, se posti in essere in base a criteri obiettivi e predeterminati, al fine di rideterminare il valore dichiarato.

⁵⁷ Si v. il *Commentario 4.1* del Comitato Tecnico del Valore in Dogana dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane.

⁵⁸ Contenuta nell'art. 1, co. 1, del *WTO Customs Valuation Agreement*.

prezzi di trasferimento, non sia basato sull'utilizzo di uno dei metodi tradizionali, ma sull'utilizzo dei metodi reddituali, attraverso i quali si tende a stabilire un livello di profitto predeterminato e concordato tra parti⁵⁹.

La eventuale presenza di un aggiustamento di tale tipo costituisce, quindi, un importante elemento da considerare in relazione alla determinazione del valore in dogana, in quanto comporta, con ogni evidenza, la necessità di provvedere a una corrispondente revisione⁶⁰.

Anche la Corte di Cassazione, con le note sentenze nn. 7715 e 7716 del 2013⁶¹, ha avuto modo di confrontarsi con lo specifico problema, arrivando a negare il rimborso dei dazi doganali pagati in eccesso da una società che aveva rettificato alcune bollette doganali di importazione a seguito di un accordo sui prezzi di trasferimento sottoscritto con la consociata estera in un momento successivo all'importazione.

La Suprema Corte, in tale occasione, da un lato forse troppo concentrata sul profilo inerente la presunta elusività o abusività di una rettifica come quella posta in essere dalla società contribuente⁶², non ha mancato, tuttavia, di rilevare come il problema vero su cui porre attenzione fosse costituito dalla verifica di come tali aggiustamenti potessero avere effetto ai fini doganali, seppur fornendo una soluzione che non è parsa essere del tutto adeguata.

Nelle citate pronunce, infatti, la Corte di Cassazione indica, al fine di gestire le conseguenze degli aggiustamenti sulla determinazione dei prezzi di trasferimento con riferimento alle formalità doganali, il ricorso alla procedura semplifica-

⁵⁹ Attraverso l'utilizzo dei metodi reddituali, gli aggiustamenti sono corrisposti al fine di allineare il profitto del soggetto controllato con quello stabilito nella politica di *transfer pricing* adottata a livello di gruppo.

⁶⁰ Si v. B. Ferroni, *Transfer pricing e valore doganale*, cit., 462.

⁶¹ Entrambe in *Banca Dati Fisco Online*, su cui v. D. Avolio, B. Santacroce, E. Sbandi, *La Corte di Cassazione esclude il rimborso dei dazi in eccedenza per le rettifiche di transfer pricing*, in *Corriere tributario*, 2013, 28, 2217.

⁶² Così si è espressa la Corte: «la circostanza che siffatta operazione sia, per lo più, diretta a scopi di elusione delle imposte sui redditi, giustifica ulteriormente – nel caso concreto – la decisione dell'Amministrazione di non concedere il rimborso richiesto alla C.I. s.p.a., non potendo ritenersi sussistente, in sua presenza, neppure la condizione essenziale per il diritto al rimborso, richiesta dall'art. 236 del CDC, consistente nella mancanza di frode del dichiarante. È del tutto evidente, infatti, che la circostanza che la rettifica del prezzo delle merci importate debba avvenire, non in conseguenza di errori od omissioni involontari dell'importatore nella sua determinazione, bensì in forza di un contratto – ossia di una scelta volontaria del soggetto interessato all'importazione – che fissi un prezzo di vendita disatteso dalla legge, e sostituito da un valore legale ai fini dell'imposizione, rende del tutto inattendibile il valore esposto nella stessa istanza di revisione ex art. 78 del CDC e art. 11 del D.Lgs. n. 374/1990. La presenza di un abuso del diritto, ai fini delle imposte sui redditi, vale – in altri termini – ad integrare anche una frode relativa ai dazi doganali, mediante la richiesta di una riduzione del valore delle merci, sulla base del prezzo di una transazione considerata non attendibile dalla legge». La normativa sui prezzi di trasferimento, invece, ha tutt'altra finalità, in quanto gli aggiustamenti di prezzo, se correttamente effettuati, condurrebbero alla congruità del prezzo di trasferimento, che, quindi, sarebbe determinato in ossequio al principio di libera concorrenza, come ritenuto anche dalle *Linee Guida OCSE 2010*, al par. 1.2.

ta della dichiarazione incompleta⁶³. Tale procedura permette agli operatori autorizzati di procedere alla predisposizione delle dichiarazioni doganali senza l'obbligatoria indicazione della totalità dei dati normalmente contenuti nel modello di dichiarazione doganale, o con l'esonero dalla produzione di uno o più documenti che, invece, normalmente sarebbero necessari per procedere allo sdoganamento.

L'utilizzabilità di tale procedura è certamente possibile, secondo la Corte, anche nei casi in cui il valore da dichiarare in dogana non sia esattamente determinabile al momento dell'introduzione nel territorio del Paese di importazione. Si farebbe ricorso, in un certo qual modo, alla "finzione giuridica" di ritenere come sospeso l'accertamento del valore, rinviando ad un momento successivo la sua determinazione definitiva⁶⁴.

Tale procedura, pur apparendo la più corretta da seguire, non è però di semplice gestione, presentando oneri molto gravosi per gli operatori, ed in particolare su quelli che gestiscono considerevoli flussi doganali, anche con cadenza pressoché quotidiana.

Anche la procedura di revisione dell'accertamento, cui fa cenno la Suprema Corte con riferimento alle rettifiche da *transfer pricing*, non parrebbe essere facilmente accessibile, dato che essa potrebbe essere esperita solo nel momento in cui la dichiarazione che si intende rettificare fosse affetta da «inesattezze, omissioni o errori relativi agli elementi presi a base dell'accertamento»: tali eventualità non paiono essere assimilabili – secondo la Corte – al caso dei valori conseguenti alle rettifiche sui prezzi di trasferimento⁶⁵.

E tuttavia, anche il ricorso a tale procedura appare possibile, pur con alcune precisazioni.

⁶³ Tale procedura era prevista dall'art. 76 del *Codice Doganale Comunitario*, mentre le concrete modalità applicative erano contenute negli artt. 253 ss. delle relative *Disposizioni di Attuazione*; attualmente, invece, è prevista all'art. 166 del nuovo *Codice Doganale dell'Unione*. Tale procedura prevede che possa essere presentata ed accettata dalla dogana una dichiarazione doganale priva di alcuni elementi o documenti normalmente necessari per ottenere l'immissione in libera pratica della merce, purché sia accertato dalla dogana che tali documenti esistano e siano validi. È necessario, inoltre, che gli elementi mancanti non abbiano potuto essere prodotti unitamente alla dichiarazione per cause indipendenti dalla volontà del dichiarante, e che un ritardo nell'accettazione della dichiarazione potrebbe impedire l'immissione in libera pratica delle merci o potrebbe sottoporre le stesse a un trattamento daziario maggiore.

⁶⁴ La possibilità di far ricorso a tale procedura deve essere autorizzata dalla dogana competente, ed ha carattere temporaneo. Gli elementi mancanti dovranno, infatti, essere presentati al medesimo ufficio doganale che ha autorizzato lo sdoganamento in forma semplificata, entro un mese dalla data di accettazione della dichiarazione doganale. Allorquando si tratti di un documento idoneo ad ottenere l'applicazione di un dazio ridotto o nullo, la dogana può concedere un termine più lungo, non superiore normalmente a quattro mesi non prorogabili (salvo che si tratti di documenti di attestazione del valore in dogana, nel qual caso è possibile superare tale ultimo limite) dato che a volte per l'ottenimento di una certa documentazione può essere necessario un periodo più lungo di quello di trenta giorni. L'operatore, poi, deve fornire un'apposita garanzia.

⁶⁵ Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, poi, l'accordo contenente la rettifica sui prezzi di trasferimento era stato predisposto in seguito alla data di presentazione della dichiarazione doganale, configurando, in sostanza, una politica di *transfer pricing* retroattiva.

La revisione dell'accertamento potrebbe essere utilizzata nell'ambito di un accordo di *ruling*, che preveda la formalizzazione dei termini attraverso cui implementare gli aggiustamenti dei prezzi di trasferimento.

Gli aggiustamenti di prezzo, in buona sostanza, potrebbero essere valutati favorevolmente dall'amministrazione doganale, e da questa accettati, se predeterminati e all'interno di un *ruling* preventivo che ne accordi l'utilizzo: la revisione dell'accertamento verrebbe, quindi, successivamente utilizzata in maniera periodica e cumulativa al fine di determinare il dazio definitivamente dovuto.

In tale maniera, l'autorità doganale potrebbe essere messa in grado di valutare le circostanze proprie della vendita, e, quindi, l'accettabilità, ai fini delle operazioni di importazione e di esportazione, dei sistemi di fissazione dei prezzi determinati ai fini delle imposte dirette, che hanno, comunque, lo scopo di dimostrare che il legame tra le parti della transazione non ha alterato il prezzo.

7. (Segue) *L'esperienza degli Stati Uniti d'America*

Come accennato in precedenza, in tema di aggiustamenti di prezzo in dogana si sono registrate diverse esperienze in altri ordinamenti, la cui complessiva tendenza sembra oggi essere quella di prevedere il riconoscimento della possibilità per l'operatore di vedere convalidato – a determinate condizioni – l'aggiustamento di prezzo operato successivamente alla presentazione della dichiarazione doganale di importazione, con conseguente diritto al rimborso di quanto pagato in eccedenza⁶⁶.

In tale contesto, la prassi statunitense in tema di riallineamento del valore in dogana delle merci nel caso di aggiustamenti di fine anno posti in essere ai fini fiscali è sicuramente di grande importanza. Ed anzi, è stato osservato come quello degli Stati Uniti d'America sia certamente il miglior esempio attualmente disponibile di coordinamento tra procedure fiscali e procedure doganali, per via delle rilevanti modifiche apportate alla prassi degli uffici doganali locali, a partire dal 2012, ad opera di una lungimirante decisione amministrativa.

La precedente impostazione fatta propria dalla *United States Customs and Border Protection*, si basava sul fatto che la presenza di aggiustamenti all'interno delle politiche sui prezzi di trasferimento fossero la prova che il valore inizialmente dichiarato in dogana non potesse rispecchiare il valore veritiero e reale: l'aggiu-

⁶⁶ Tale cambiamento di impostazione è di particolare rilevanza, se solo si pensa al fatto che, in passato, si è assistito ad una forte differenza di trattamento tra aggiustamenti da cui derivava un maggior onere daziario e aggiustamenti da cui derivava un potenziale diritto al rimborso, che di fatto scoraggiava le imprese ad operare una riconciliazione dei valori, che avrebbe dovuto essere, in realtà, sinonimo di correttezza. Si v. in argomento M. Fabio, *La rilevanza delle policy di transfer pricing per la riconciliazione in dogana*, in *Fiscaltà e commercio internazionale*, 2014, 4, 40.

stamento, in buona sostanza, costituiva la prova che la relazione tra le parti aveva alterato il prezzo⁶⁷.

A partire dal 2012, la posizione dell'autorità doganale statunitense è cambiata⁶⁸, ed oggi, a determinate condizioni, è possibile rettificare il valore di transazione a suo tempo dichiarato anche in ipotesi di transazioni tra soggetti legati oggetto di aggiustamenti successivi, posti in essere in osservanza di politiche sui prezzi di trasferimento precedentemente concordate⁶⁹.

Contemporaneamente, poi, l'amministrazione doganale statunitense ha indicato come preferibile, tra i vari metodi disponibili⁷⁰ per l'allineamento del valore in dogana delle merci in caso di aggiustamenti, l'utilizzo del *Customs Reconciliation Program*, che consente all'importatore di fornire, in un momento successivo all'importazione, quelle informazioni non disponibili al momento di effettuazione dell'operazione doganale.

Attraverso tale procedura, l'importatore dichiara un valore provvisorio al momento dell'entrata delle merci, e quindi completa la dichiarazione successivamente, quando le informazioni definitive sui prezzi pagati o da pagare sono disponibili, e, comunque, entro un lasso temporale di 21 mesi dalla data di importazione delle merci nel territorio statunitense.

Appare subito evidente come una procedura così impostata consenta alle società contribuenti un più facile allineamento tra prezzi di trasferimento e il valore in dogana.

⁶⁷ Faceva eccezione, peraltro non sempre, il caso in cui l'accordo tra le parti (comunque sottoscritto prima delle operazioni di importazione), prevedesse l'utilizzo di una formula matematica al fine di stabilire l'aggiustamento necessario. L'oggettività insita nella formula matematica era idonea a dimostrare che il soggetto importatore non potesse, in ultima analisi, controllare la fissazione del prezzo.

⁶⁸ Con l'introduzione della *US CBP Compliance Publication, Determining the Acceptability of Transaction Value for related Party Transaction*.

⁶⁹ La prassi statunitense prevede cinque fattori che, se presenti, inducono a ritenere che il legame tra i soggetti non abbia alterato la determinazione del prezzo pagato: (1) la politica sui prezzi di trasferimento infragruppo deve essere scritta e operante prima dell'effettuazione delle operazioni di importazione. Tale politica, inoltre, deve essere conforme alle norme fiscali vigenti; (2) il soggetto importatore deve adottare ed implementare correttamente la propria politica sui prezzi di trasferimento al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi, e in quest'ultima si deve tenere conto degli aggiustamenti; (3) la politica sui prezzi di trasferimento dell'importatore deve indicare espressamente le modalità di determinazione degli aggiustamenti in relazione a tutti i prodotti precedentemente importati; (4) l'importatore deve tenere correttamente le scritture contabili e deve custodire tutta la documentazione utile al fine di dimostrare le modalità di determinazione degli aggiustamenti; (5) non deve esservi alcuna altra circostanza che impedisca di accettare il prezzo ai fini doganali.

⁷⁰ Negli Stati Uniti, infatti, gli importatori hanno a disposizione una serie di strumenti e procedure amministrative per tenere conto degli aggiustamenti operati retroattivamente e, pertanto, allineare il valore in dogana a seguito di essi. In particolare, sono previste quattro modalità: la procedura di *post entry adjustment*, la procedura di *administrative protests*, la procedura di *prior disclosure*, e, infine, quella prevista dal *Customs Reconciliation Program*.

Ciò è dovuto, in particolar modo, al termine temporale⁷¹ concesso lo svolgimento della procedura, che tiene conto dell'approccio statunitense alla disciplina dei prezzi di trasferimento⁷² e della relativa disciplina in tema di comunicazioni e dichiarazioni fiscali sui redditi, che concede al contribuente un termine di 9 mesi dalla fine del periodo d'imposta per porre in essere le opportune rettifiche ai fini delle imposte sui redditi, operate le quali il contribuente sarà in possesso di tutte le informazioni necessarie per l'allineamento del valore in dogana delle merci, ed assicurare così, anche in tale settore, il rispetto del principio dell'*arm's length*.

È stato osservato⁷³ come nessun altro Paese offra agli importatori procedure doganali similari, allineate con le relative procedure fiscali e con la pratica corrente dei contribuenti: è evidente, pertanto, la lungimiranza dell'approccio dell'amministrazione doganale americana.

8. *Le possibili soluzioni giuridiche: analisi delle circumstances surrounding the sales e della transfer pricing documentation*

Sulla base di quanto si è esposto in precedenza, si è della medesima opinione di quella parte della dottrina secondo la quale una soluzione – per quanto possibile definitiva – in merito alla problematica relativa al rapporto tra la normativa sui prezzi di trasferimento e il valore dichiarato in dogana debba essere individuata con riferimento ad ambedue gli aspetti problematici di cui si è trattato, vale a dire, da un lato, la dimostrazione da fornire in ordine al fatto che il valore dichiarato in dogana, pur relativo ad un'operazione tra soggetti legati, possa comunque essere rappresentativo del corretto valore di transazione, e, dall'altro, su quale debba essere la corretta gestione dei fisiologici aggiustamenti di prezzo successivi alla transazione, i quali ormai costituiscono una prassi obbligata per quei gruppi di imprese multinazionali che intendono fare in modo che i prezzi infragruppo praticati si collochino nell'intervallo di valore prestabilito in ossequio alla politica sui prezzi di trasferimento adottata.

Ad entrambi questi aspetti è sotteso il medesimo obiettivo, vale a dire quello di dimostrare che il prezzo praticato, tenuto conto degli aggiustamenti applica-

⁷¹ Ed infatti, il contribuente ha a disposizione un termine particolarmente ampio (di 21 mesi) per procedere all'integrazione della dichiarazione doganale, senza applicazione di alcuna sanzione.

⁷² L'esperienza statunitense, infatti, è focalizzata sul profilo del controllo del profitto ottenuto, piuttosto che sul profilo del controllo del valore assoluto del prezzo pattuito. Non è un caso, infatti, che la disciplina statunitense sui prezzi di trasferimento preveda l'utilizzo privilegiato dei metodi reddituali, piuttosto che dei metodi tradizionali.

⁷³ Si v. D. Avolio, E. De Angelis, *Transfer pricing e valore in dogana: analisi comparata ed esperienze a confronto*, in Aa.Vv., *Valore in dogana e transfer pricing* (a cura di S. Mayr, B. Santacroce), Milano, 2014, 325 ss.

ti, non sia stato influenzato dal fatto che l'operazione sia stata posta in essere tra i soggetti appartenenti al medesimo gruppo di imprese.

Si è già detto di come lo sforzo teso a trovare punti di contatto tra le due discipline, costituiti dalle assimilazioni tra i metodi di valutazione previsti dalle *Linee Guida OCSE* ed i metodi secondari previsti dalla normativa doganale non paia poter condurre ad apprezzabili risultati.

Pare più profittevole, invece, utilizzare, al fine di dimostrare che al momento dell'importazione il legame tra le parti non abbia avuto influenza sul valore dichiarato in dogana, prassi simili a quelle virtuose utilizzate in altri contesti, quale quello degli Stati Uniti in particolar modo, che, come si è visto, utilizzano le informazioni contenute nella documentazione sui prezzi di trasferimento predisposta dal soggetto importatore: all'interno di tale documentazione sono certamente presenti quelle informazioni necessarie al fine di valutare la correttezza delle modalità di fissazione del prezzo utilizzate nel gruppo di imprese, e verificare, conseguentemente, se esse siano rispettose del principio dell'*arm's length*.

Si è visto, infatti, che la stessa Organizzazione Mondiale delle Dogane, attraverso il *Commentario 23.1*, consenta la valutazione in dogana degli studi sui prezzi di trasferimento, apprezzandoli, in particolare, al momento di considerare le circostanze relative alla vendita.

La Camera di Commercio Internazionale, poi, auspica l'inserimento, all'interno di tali studi, di eventuali informazioni aggiuntive prettamente riguardanti la correttezza del valore in dogana, al fine di rafforzare l'utilità effettiva di tale documentazione⁷⁴.

Avere a disposizione una documentazione integrata sotto tale duplice profilo consente di ottenere indubbi vantaggi, consistenti, in primo luogo, nella dimostrazione, di fronte ad entrambe le autorità coinvolte, che l'impresa è in grado di porre in essere le proprie politiche di fissazione del prezzo in maniera trasparente, ed, in secondo luogo, nello sviluppo di una maggiore efficienza⁷⁵ nella preparazione della documentazione, che potrebbe rivelarsi utile anche in una eventuale sede contenziosa.

⁷⁴ Ed anzi, alcune multinazionali già provvedono a produrre in anticipo un unico documento, contenente lo studio sui prezzi di trasferimento integrato da una sezione di analisi doganale, che tiene conto sia delle informazioni in merito all'attività svolte dalle parti e sia delle informazioni che descrivono concretamente la politica sui prezzi di trasferimento adottata nelle transazioni infragruppo.

⁷⁵ Nell'ottica del contenimento e della razionalizzazione del carico amministrativo, la contemporanea validazione dei prezzi, prima ai fini del *transfer pricing* e poi ai fini doganali, potrebbe essere svolta attraverso un unico procedimento articolato in più fasi, piuttosto che essere il risultato dell'unione di due procedimenti svolti in maniera distinta l'uno dall'altro. Inoltre, la predisposizione di tale documentazione in maniera integrata e coordinata consentirebbe alle imprese multinazionali di facilitare la comunicazione tra uffici diversi, i quali, operando in tale maniera, potrebbero certamente essere nella posizione di prevenire o mitigare i rischi connessi.

Tale soluzione, però, non è certamente l'unica che l'importatore può utilizzare per dimostrare che il prezzo dichiarato in dogana sia congruo e possa, pertanto, essere accettato come valore di transazione.

Ed infatti, l'amministrazione doganale e gli operatori potrebbero concludere degli accordi per la determinazione del valore corretto, anche sulla base delle informazioni fornite dagli accordi magari sottoscritti dalla medesima società con le autorità fiscali, ai fini delle imposte sui redditi, che potrebbero essere utili al fine di appurare che il legame non ha alterato il valore di transazione.

Anche la considerazione di tali accordi, quindi, potrebbe rientrare nella valutazione delle circostanze proprie della vendita. Ed anzi, proprio se si prendesse in considerazione l'accettabilità dei sistemi di fissazione del prezzo validi ai fini delle imposte dirette si otterrebbe un concreto dialogo tra i due settori di imposizione, e l'amministrazione doganale potrebbe ancor meglio valutare se il valore delle transazioni infragruppo possa essere considerato valido e accettabile ai suoi fini, atteso che vi sarebbe un espresso riconoscimento, quanto alla disciplina dei prezzi di trasferimento, del fatto che il legame non ha alterato il prezzo.

È stato pure ipotizzata⁷⁶ la possibile implementazione di una soluzione basata sull'utilizzo bivalente dello strumento del *ruling* internazionale in materia di prezzi di trasferimento. Ed infatti, l'utilizzo di tale strumento potrebbe essere esteso anche all'ambito doganale, così da consentire ad entrambe le amministrazioni coinvolte di partecipare contemporaneamente ad un unico contraddittorio con il contribuente, all'esito del quale si potrebbero recepire in un unico documento le informazioni ritenute necessarie per accertare la validità – sia ai fini delle imposte dirette e sia ai fini delle imposte doganali – del prezzo dichiarato all'atto dell'importazione.

Con riferimento al problema dell'allineamento del valore di transazione dichiarato in dogana per effetto di un aggiustamento successivo, oltre alla soluzione appena prospettata di un *ruling* bivalente o, comunque, di un accordo congiunto con tra le amministrazioni coinvolte, non può non evidenziarsi che anche la procedura della revisione dell'accertamento potrebbe apparire potenzialmente idonea a consentire l'allineamento tra i due valori.

Le perplessità che la Suprema Corte ha espresso sul punto potrebbero essere superate attraverso una modifica legislativa volta ad adeguare le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 374/1990 al mutato contesto, al fine di ampliare l'ambito applicativo di tale procedura anche al caso dell'aggiustamento di prezzo⁷⁷.

⁷⁶ Si v. sul punto A. Tomassini, *Riordino degli interpelli: un'occasione da non perdere*, in *Corriere tributario*, 2014, 18, 1380.

⁷⁷ La modifica legislativa dovrebbe prevedere la possibilità di attivare tale istituto sia nel caso di aggiustamenti in aumento sia nel caso di aggiustamenti in diminuzione, con i corollari costituiti dalla previsione del diritto al rimborso dei maggiori dazi versati, nel primo caso, e dalla previsione del pagamento dei maggiori dazi

Ancora, sarebbe possibile ricorrere alla procedura semplificata della dichiarazione incompleta, che, come si è visto, consentirebbe a quegli operatori dotati di particolari requisiti, ed appositamente autorizzati, di procedere al momento dell'importazione, alla redazione di una dichiarazione provvisoria, priva di uno o più degli elementi necessari all'accertamento doganale, come, appunto, il valore delle merci.

A posteriori, nel momento in cui tali informazioni sono rese disponibili, l'importatore provvederà a presentare all'Autorità doganale competente una dichiarazione integrativa, con le informazioni in precedenza mancanti.

La procedura potrebbe anche essere utilizzata attraverso la dichiarazione di un valore provvisorio – basato sul prezzo di trasferimento al momento applicato dal contribuente in virtù della politica sui prezzi di trasferimento adottata – che dovrebbe essere successivamente integrato nel momento in cui l'impresa ha a disposizione la totalità dei dati necessari per apportare definitivamente gli aggiustamenti necessari e stabilire un prezzo che sia *arm's length*.

Tale meccanismo, su cui è basato lo schema di funzionamento del *Customs Reconciliation Program* di matrice statunitense, però, non potrebbe *sic et simpliciter* essere replicato nel contesto europeo, per via soprattutto della mancanza di uniformità, tra i vari Paesi membri dell'Unione Europea, della disciplina in materia di termini di presentazione delle dichiarazioni fiscali e doganali. Tale mancanza comporta una pesante limitazione all'effettivo uso di tale procedura soprattutto nel caso degli aggiustamenti di fine anno, in quanto, comunque, gli elementi mancanti al momento della dichiarazione di importazione debbono essere presentati all'autorità doganale entro termini e scadenze ben precisi e di durata relativamente più breve, rispetto a quelli entro i quali è possibile adeguare ai fini fiscali i prezzi di trasferimento adottati⁷⁸.

e relativi interessi, con esclusione, però, dell'irrogazione delle sanzioni nel secondo caso. La revisione dell'accertamento dovrebbe poi essere posta in essere per gruppi omogenei di operazioni, e non per singola dichiarazione di importazione, dato che in tale maniera si riuscirebbero a contemperare le due esigenze rinvenibili in capo ai soggetti interessati, vale a dire la tutela della pretesa erariale da un lato e l'interesse alla speditezza della procedura e al contenimento dei costi amministrativi dall'altro.

⁷⁸ Il punto di forza del *Customs Reconciliation Program* di matrice statunitense, infatti, è proprio quello di prevedere un termine di 21 mesi dalla data dell'operazione di importazione per effettuare la riconciliazione del valore effettivamente pagato o da pagare con il prezzo di trasferimento stabilito a seguito di un aggiustamento di fine anno previsto dalla politica sui prezzi di trasferimento del gruppo. L'ampiezza di tale termine consente, in particolare, di poter effettivamente riconciliare anche il valore delle operazioni di importazione poste in essere all'inizio del periodo fiscale. Al contrario, nel contesto europeo, il limite generale di 4 mesi previsto dalla normativa per poter procedere all'integrazione della dichiarazione incompleta non consente agli importatori che ricevano a fine anno una nota di credito o nota di debito a titolo di aggiustamento di poter rettificare il valore delle importazioni effettuate all'inizio del periodo fiscale, ma solo quelle effettuate nella parte finale.

9. *L'esperienza giuridica italiana e le novità introdotte dalla prassi amministrativa*

Alla luce di quanto si è detto, appare opportuno ora soffermarsi sulle soluzioni concretamente adottate in tempi recenti nel contesto nazionale italiano, a seguito della sempre maggiore attenzione riservata dall'Agenzia delle Dogane e dall'Agenzia delle Entrate nei confronti della problematica della conciliazione dei valori nei due settori di imposizione.

Le due autorità nazionali hanno, infatti, messo in comune le reciproche esperienze al fine di offrire alle imprese multinazionali operanti nell'ambito degli scambi transfrontalieri la possibilità di superare le criticità derivanti dall'adozione di particolari politiche di *transfer pricing* che non tengano conto dei profili di impatto doganale.

Il risultato dei tavoli tecnici svolti tra le due agenzie è stato compendiato nella Circolare n. 16/D del 6 novembre 2015⁷⁹, emanata dall'Agenzia delle Dogane, che appare opportuno brevemente analizzare per via degli importanti spunti in essa contenuti: in essa, in particolare, l'Agenzia delle Dogane accoglie a pieno titolo la documentazione predisposta ai fini del *transfer pricing*⁸⁰, ammettendone l'accettabilità all'atto delle operazioni di importazione ed esportazione, in maniera tale da consentire ai gruppi multinazionali di utilizzare le medesime conclusioni in materia di fissazione dei prezzi nei confronti di entrambe le autorità di controllo competenti per i due settori.

In tale documento di prassi, al contrario di quanto finora aveva sostenuto, l'Agenzia delle Dogane riconosce il diritto a un interpello preventivo in materia

⁷⁹ Il provvedimento, in particolare, fornisce agli uffici operativi dell'Agenzia delle Dogane istruzioni sui principi da considerare nelle operazioni di verifica sulla valorizzazione delle merci nel caso di transazioni tra parti correlate, e alle imprese multinazionali i primi strumenti operativi per poter ottenere certezza giuridica circa la conformità delle proprie politiche sui prezzi di trasferimento con la normativa doganale, in modo da sottrarsi al rischio di vedere sollevate contestazioni e irrogate sanzioni. Si v. in argomento D. Avolio, B. Santacroce, E. Sbandi, *Con il ruling internazionale in valore in dogana accoglie la documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *Il fisco*, 2015, 47, 4549; E. De Angelis, B. Santacroce, E. Sbandi, *L'analisi del valore doganale integra la documentazione sui prezzi di trasferimento*, in *L'IVA*, 2016, 2, 14; S. Armella, L. Piemontese, *L'amministrazione finanziaria riconosce i valori di "transfer pricing" anche ai fini doganali*, in *Corriere tributario*, 2016, 3, 199.

⁸⁰ La circolare pone innanzitutto un principio generale per cui tra gli oneri documentali da presentare per il rilascio di una qualsiasi decisione o autorizzazione in tema di valore delle merci, nei casi di transazioni tra parti correlate, rientra a pieno titolo la documentazione nazionale sui prezzi di trasferimento, nella parte in cui prevede «tanti paragrafi quante sono le operazioni intercorse con i soggetti appartenenti al gruppo». La circolare accoglie poi l'invito, contenuto nel *Policy Statement* della *Camera di Commercio Internazionale* e rivolto alle autorità doganali, a fornire loro la lista di quelle informazioni aggiuntive che sono da ritenersi utili per provare la conformità delle *transfer pricing policies* ai fini doganali.

di valore, incentivando quindi gli operatori all'utilizzo dello strumento del *ruling* preventivo⁸¹.

L'Agenzia delle Dogane, quindi, in linea con la prassi sviluppata a livello mondiale anche in seno all'Organizzazione Mondiale delle Dogane, ha deciso di allinearsi al generale sistema di riconoscimento dei valori di *transfer pricing* anche nelle operazioni di importazione e di esportazione, con la finalità di ridurre al minimo le ipotesi di contrasto tra i diversi sistemi di valutazione e fissazione dei prezzi.

La condizione affinché possa essere applicata la nuova disciplina è quella di trovarsi nello stato di operatore economico autorizzato (c.d. AEO), che certifica una situazione di affidabilità specifica di un particolare soggetto, in possesso di determinati requisiti, nei confronti delle autorità doganali.

Sostanzialmente con questo documento si è concessa un'apertura, nell'ambito degli scambi internazionali tra parti correlate, nel riconoscere la validità della documentazione relativa al *transfer pricing* anche ai fini doganali. Gli uffici doganali potranno accettare i metodi tradizionali dell'OCSE concernenti i prezzi di trasferimento infragruppo nell'ambito di un procedimento di predeterminazione del valore, sulla base di criteri di congruità del prezzo costantemente monitorabili⁸².

⁸¹ Tale innovativa opzione rappresenta senza dubbio una vera e propria svolta, sia sotto il profilo della semplificazione di due sistemi di regole finora così divergenti, sia per il sostanziale impulso fornito al *ruling doganale*. Il sistema doganale, infatti, da tempo riconosce *ruling* preventivi in materia di *origine* delle merci e loro *classificazione*, mentre, perlomeno fino all'emanazione della circolare in parola, l'Agenzia delle Dogane aveva sempre escluso una generale applicabilità del diritto all'informazione preventiva, riducendo il campo di applicazione dell'istituto dell'interpello, a partire dalla Circolare n. 25/D del 19/06/2011 (si v. in argomento R. Reborra, R. Ruffini, G. Terracciano, *Il diritto di interpello. Tax ruling-Informazione doganale comunitaria-Statuto dei diritti del contribuente*, Roma, 2001, *passim*). È stato pure osservato (si v. D. Avolio, B. Santacroce, E. Sbandi, *Con il ruling internazionale in valore in dogana accoglie la documentazione sui prezzi di trasferimento*, cit.) come la concessione del *ruling* da parte degli uffici doganali si inserisca nell'ambito dell'*interpello tipico doganale*, che è una procedura avente ad oggetto le risorse proprie dell'Unione Europea, la cui base giuridica risiede nelle previsioni di cui all'art. 6 del *Codice Doganale Comunitario*, che ora si ritrovano negli artt. 22 e 23 del nuovo *Codice Doganale dell'Unione*. La risposta dell'autorità nazionale avrà rilievo in tutta l'Unione, in quanto, a mente dell'art. 250 CDC, se un regime doganale è utilizzato in vari Stati membri, le decisioni o i documenti rilasciati dall'autorità doganale di uno Stato membro, hanno, negli altri Stati membri, gli stessi effetti giuridici delle decisioni e dei documenti rilasciati dall'autorità doganale di ciascuno di questi.

⁸² Si deve precisare, però, che i metodi previsti dall'OCSE non vengono recepiti acriticamente dall'Agenzia delle Dogane. Ed infatti, l'Agenzia delle Dogane, analizzando i vari metodi di determinazione del prezzo di trasferimento al fine di valutarne il possibile rilievo per l'esame delle circostanze della vendita perviene sì «alla conclusione che i metodi tradizionali OCSE di determinazione del prezzo di trasferimento infragruppo possono essere accettati, con un diverso grado di affidabilità, anche dalle dogane», ma con alcune precisazioni. Per quanto riguarda i metodi *tradizionali*, e più in particolare il metodo del *confronto di prezzo*, esso sarebbe «indirettamente richiamato dalla nota esplicativa all'art. 1 dell'Accordo GATT del WTO, integralmente traspunta nell'Allegato 23 alle DAC», e, pertanto, accettabile tal quale. Alcune accortezze sono, invece, necessarie sia per il metodo del *prezzo di rivendita* (il quale «con i dovuti temperamenti, in quanto non completamente sovrapponibile al cd. 'metodo deduttivo' di cui all'art. 30, lett. c), c.d.c., può costituire un indicatore delle circostanze della vendita infragruppo di cui all'art. 29 c.d.c.») e sia per il metodo del *costo maggiorato* (il quale «pur non essendo completamente sovrapponibile al cd. 'metodo del valore calcolato' di cui all'art. 30, lett. d), c.d.c.(11),

L'istanza di *ruling* preventivo da presentare deve contenere, oltre agli elementi identificativi del richiedente, l'indicazione di tutta una precisa serie di informazioni, tra cui la descrizione dei beni oggetto dell'istanza, le caratteristiche del gruppo di imprese e dei relativi flussi operativi, i contratti infragruppo e quelli con altri fornitori, il *master file* o la documentazione nazionale predisposta ai fini del *transfer pricing*⁸³. Tali informazioni sono necessarie in quanto le imprese che richiedono il riconoscimento della correttezza del loro prezzo di trasferimento anche ai fini doganali devono preventivamente dimostrare in quale misura gli aggiustamenti e le rettifiche derivanti dagli accordi di *transfer pricing* si riferiscono alle merci importate, e i termini di redistribuzione del reddito che si viene a realizzare tra le diverse società del gruppo attraverso la variabilità del margine operativo riconosciuto alle diverse imprese collegate.

La risposta dell'amministrazione doganale in ordine alla concessione del *ruling* deve essere resa entro 120 giorni dalla data di accettazione dell'istanza, che va presentata all'Ufficio applicazione dei tributi doganali per il tramite dell'ufficio delle dogane territorialmente competente in relazione al luogo in cui il soggetto richiedente tiene la contabilità principale. Nei successivi 30 giorni viene svolta una valutazione sulla completezza della documentazione e delle informazioni in essa contenute, e notificato al soggetto richiedente l'avvio del procedimento. Sarà poi la Direzione centrale legislazione e procedure doganali ad adottare il provvedimento, il quale sarà trasmesso all'ufficio competente per l'applicazione dei tributi doganali.

La Circolare 16/D affronta anche il problema degli aggiustamenti di prezzo operati in corso o a fine anno e aventi effetto retroattivo, relativamente ai qua-

può costituire un indicatore delle circostanze della vendita infragruppo di cui all'art. 29 c.d.c.». Differente è l'approccio nei confronti dei metodi *reddittuali*, e, in particolare, del metodo del *marginetto netto di transazione*, che viene definito come metodo "*reddittuale per antonomasia*", per il quale la posizione dell'Agenzia appare più prudente («la trasposizione del suo utilizzo dalle finalità fiscali a quelle doganali non può considerarsi automatica, ma richiede un'attenta valutazione caso per caso»). Da ultimo, per quanto concerne il metodo della *ripartizione dell'utile*, l'Agenzia ritiene che esso «adeguatamente trasposto nell'analisi di comparabilità con i prezzi di mercato correnti di merci identiche e similari, insita nell'esame delle circostanze proprie della vendita di cui all'art. 29 c.d.c. [...] può considerarsi discretamente accettabile in dogana». Come si può notare, quindi, il vero punto di rottura rispetto alla prassi precedente sta nel fatto che, per la prima volta viene affermato che, oltre al prezzo in quanto tale, viene ad essere in considerazione la congruità dei valori dichiarati, che può essere convalidata controllando la redditività di una delle parti della transazione utilizzando i metodi *reddittuali*. Tuttavia, si deve evidenziare come per il metodo del *marginetto netto di transazione*, che, come visto precedentemente, è quello attualmente più in uso, l'Agenzia delle Dogane riservi la decisione finale sull'accettabilità doganale dei relativi risultati ad un'attenta valutazione di ciascuno specifico caso, in virtù della natura aggregata di tale metodo: tale circostanza, in ultima analisi, fa propendere per la tesi che esso sia ritenuto dalla dogana l'ultimo tra i metodi utilizzabili. L'indirizzo interpretativo dell'Agenzia delle Dogane, pur lasciando ancora aperte diverse questioni relative all'avvicinamento, in concreto, dei sistemi di valorizzazione propri del diritto doganale con quelli tipici della disciplina sui prezzi di trasferimento, è, di sicuro interesse.

⁸³ La circolare, infatti, presenta in allegato un formulario da utilizzare per fornire tutte le informazioni e la documentazione necessaria per vedere riconosciuta la propria strategia di fissazione dei prezzi di trasferimento.

li assume una posizione più articolata, introducendo in un caso una procedura piuttosto complessa e forse troppo farraginoso⁸⁴.

In argomento, il documento di prassi ribadisce quanto già affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 7716/2013, a cui si è già fatto cenno, e, quindi, che non è possibile ricorrere alla revisione della dichiarazione di importazione su istanza di parte, a seguito di un accordo di *transfer pricing* sopravvenuto rispetto all'esecuzione delle operazioni doganali. Ciò in quanto, dopo l'accettazione della dichiarazione doganale e la concessione dello svincolo delle merci, non sono generalmente ammesse le rettifiche dell'imponibile, salvo nei casi, come si è visto, in cui vi siano elementi inesatti o incompleti.

Al fine di conciliare la citata limitazione con la contestuale esigenza di possibili variazioni dei prezzi di trasferimento nell'arco di un determinato periodo di tempo, l'amministrazione doganale fornisce due diverse alternative, utilizzabili a seconda del fatto che ad essere in discussione siano i prezzi di esportazione oppure di importazione – anche se in entrambi i casi preceduti dalla procedura di *ruling* di cui s'è detto, per mezzo della quale vengono previamente approvati i criteri di fissazione del prezzo adottati – : il ricorso al procedimento di “forfetizzazione preventiva”, ai sensi dell'art. 156-*bis* delle Disposizioni di Attuazione del vecchio Codice Doganale Comunitario, e il ricorso al procedimento della “dichiarazione incompleta”.

Volendo partire dal procedimento della dichiarazione incompleta, occorre notare come di essa venga prevista l'utilizzabilità sia per le operazioni di importazione sia per le operazioni di esportazione: essa, come detto, permette alle merci di essere sdoganate pur presentando una dichiarazione con dati ridotti o assenti, che dovranno essere forniti in una fase successiva, consentendo all'operatore di adempiere alla propria obbligazione tributaria senza incorrere nell'irrogazione di sanzioni.

Si assiste, attraverso l'utilizzo di tale ultima procedura, a una sorta di sospensione temporanea dell'accertamento, in quanto ogni singola dichiarazione è tenuta aperta sino al momento di presentazione della dichiarazione integrativa e della relativa documentazione, che dovrà avvenire entro il termine massimo di un mese, prorogabile fino a un massimo di quattro mesi.

Il procedimento della forfetizzazione preventiva, valido solo per il regime dell'importazione, è, invece, quello in relazione al quale si mostrano le più inte-

⁸⁴ È la stessa amministrazione ad ammettere, con riferimento alla procedura della *dichiarazione incompleta*, che «la procedura in questione potrebbe risultare comunque dispendiosa sia per la parte privata che per quella pubblica, atteso che, oltre alla fase istruttoria preventiva per il rilascio dell'autorizzazione, essa impegna entrambe le parti a tenere “aperta” ogni singola dichiarazione doganale proprio nella determinazione dell'imponibile». L'Agenzia delle Dogane, infatti, non pare ancora intenzionata ad ammettere la possibilità di rettificare con un unico movimento di revisione a consuntivo i valori a credito o a debito.

ressanti novità di carattere normativo ed applicativo⁸⁵. Esso, in particolare, prevede che sia possibile operare una forfetizzazione del valore doganale sulla base di alcuni elementi del valore in dogana, con il presupposto che l'uso del prezzo di trasferimento infragruppo non sia influenzato dai legami tra le imprese ad esso appartenenti.

Attraverso tale procedura le autorità doganali, su richiesta del soggetto interessato, possono modificare l'autorizzazione esistente o emetterne una nuova a seguito di modifiche o aggiunte di alcuni elementi, che non possono essere quantificabili al momento del compimento delle operazioni doganali, al fine di ottenere una determinazione di un valore doganale forfetario e predeterminato.

Tale metodo elimina, in questo modo, la necessità di tenere sospeso per un lungo periodo di tempo l'accertamento doganale, prevedendo la possibilità, nel caso in cui vi siano le condizioni, di concordare con l'ufficio doganale una predeterminazione del valore secondo criteri di congruità del prezzo costantemente monitorabili. Ulteriori precisazioni sono state svolte dall'Agenzia delle Dogane con la Circolare n. 5/D del 21 aprile 2017⁸⁶.

Con riferimento a tale rinnovato contesto nazionale, appare ora opportuno, infine, evidenziare quelli che ad un primo esame appaiono come i residuali profili di criticità, che si auspica potranno essere risolti col tempo⁸⁷.

In prima battuta, se è pur vero che, da un lato, è stata accolta l'impostazione internazionale secondo cui la documentazione predisposta ai fini del *transfer pricing* è perfettamente utilizzabile in dogana, dall'altro è pur vero che l'elenco dei documenti e delle informazioni richiesti al fine di essere autorizzati alla procedu-

⁸⁵ L'Agenzia delle Dogane pare riconoscere il maggiore rilievo dello strumento della forfetizzazione preventiva messo a disposizione dapprima dal Codice Doganale Comunitario e riconfermato, con maggiore e ancor più esteso impatto, dal Codice Dogale dell'Unione (all'art. 73).

⁸⁶ Su cui v. B. Santacroce, E. Sbandi, *Valore doganale e transfer pricing: dichiarazioni a forfait o accertamento sospeso*, in *Corriere Tributario*, 2017, 24, 1889; Id., *Valore in dogana e transfer pricing: la Corte di Giustizia accelera sul ruling doganale*, in *Corr. Trib.*, 2018, 9, 693. Con tale ultimo documento di prassi l'Amministrazione doganale pone in essere interessanti spunti evolutivi. Ed infatti, è stato affermato che, in occasione della negoziazione e presentazione della dichiarazione incompleta, un operatore può richiedere e concordare con l'Amministrazione un periodo di tempo più lungo di quello ordinario – ma sempre e comunque entro il limite triennale di decadenza dal potere di accertamento in vigore – al fine di “chiudere” la stessa: pare essere evidente la similitudine con la procedura del *Customs Reconciliation Program* prevista negli USA, soprattutto con riferimento al potenziale dilatamento della tempistica a disposizione dell'operatore.

⁸⁷ Si v. in argomento B. Ferroni, *Transfer pricing adjustment e valore in dogana: restano ancora molti nodi da sciogliere*, in *Il fisco*, 2018, 17, 1-1658; Id., *Valore in dogana, IVA e transfer pricing: è ancora un rebus per le imprese?*, in *Il fisco*, 2019, 11, 1-1035. Si v. pure la Circolare n. 1/2019 emanata dall'Assonime, dal titolo “Regole per la determinazione del valore delle merci in dogana: questioni aperte e strumenti di semplificazione”, che compendia efficacemente le problematiche in materia, su cui v. D. Avolio, E. Sbandi, *Valore in dogana: la rassegna di Assonime tra ipotesi di forfetizzazione, IVA in Dogana e doppio ruling sui prezzi di trasferimento*, in *L'IVA*, 2019, 4, 7.

ra di autorizzazione alla forfetizzazione rimane troppo ampio, tanto da apparire quasi eccessivo rispetto alle finalità perseguite⁸⁸.

Sembra poi che la nuova impostazione di prassi non preveda la possibilità di utilizzare la documentazione – seppure integrata con le ulteriori informazioni aggiuntive eventualmente necessarie – per convalidare il valore di transazione delle merci non attraverso l'analisi delle circostanze proprie della vendita, bensì attraverso il test del valore⁸⁹.

Per quanto concerne gli aggiustamenti di prezzo successivi all'applicazione della disciplina dei prezzi infragruppo e le loro conseguenze ai fini doganali, le potenziali criticità connesse alle procedure di rettifica dei valori previste per le operazioni di importazione e per quelle di esportazione paiono non del tutto superate, in particolare con riferimento al ricorso alla procedura della dichiarazione incompleta, atteso *in primis* il carattere potenzialmente difficoltoso della sua gestione.

Si deve rilevare, poi, come la procedura della dichiarazione incompleta sia il solo strumento utilizzabile per il regime dell'esportazione, in quanto l'utilizzo della procedura di forfetizzazione preventiva è possibile solo per il regime di importazione. Questo, unitamente alle predette difficoltà applicative, condurrà quasi certamente ad un sottoutilizzo di essa, al contrario di quanto auspicato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 7716/2013.

Con riferimento alla procedura di forfetizzazione preventiva, le potenziali criticità paiono insite non tanto nell'ottenimento dell'autorizzazione⁹⁰ necessaria a tal fine, quanto nel mantenimento della stessa, dato che viene puntualizzato che «se le circostanze prese in considerazione ai fini dell'autorizzazione doganale all'uso del prezzo di trasferimento infragruppo non influenzato dai legami vengono nel tempo modificate, il tenore dell'autorizzazione stessa deve essere modificato di conseguenza». All'autorizzazione alla determinazione forfettaria del valore, inoltre, viene attribuita esclusivamente una valenza per il futuro, con riferimento alle operazioni effettuate dopo il suo rilascio e fino al termine della sua durata⁹¹.

⁸⁸ Si v. l'elenco dei documenti richiesti presente nella nota 18 della Circolare n. 16/D del 2015. Ad una prima lettura, pare che l'elenco dei documenti e delle informazioni richieste vada al di là degli oneri documentali previsti dalla normativa fiscale al fine di ottenere i benefici in quella sede previsti, e concernenti, in particolare modo, l'esclusione dall'area della punibilità.

⁸⁹ La possibilità di provare la mancanza di influenza della relazione tra le parti sul prezzo di trasferimento attraverso tale test rimane, infatti, un'opzione concreta per gli operatori, e valida per tutti quei casi in cui i metodi doganali e quelli di *transfer pricing* si sovrappongono, e per il cui svolgimento molte delle informazioni contenute nella documentazione sul *transfer pricing* appaiono spesso necessarie.

⁹⁰ Autorizzazione prevista, sotto la vigenza del *Codice Doganale Comunitario*, dall'art. 156-bis delle relative *Disposizioni di Attuazione*, e ora, con riferimento al *Codice Doganale dell'Unione*, dall'art. 71 del Reg. UE n. 2446/2015.

⁹¹ In particolare, la circolare ha cura di precisare che i valori in essa determinati non possono assumere rilevanza nell'ambito di procedimenti contenziosi pendenti, mentre «in via generale, per i rinnovi, è consigliabile

Il mantenimento dell'autorizzazione, quindi, potrebbe essere alquanto oneroso, in quanto, tenuto conto della celerità con cui si modifica il mercato, appare evidente come i soggetti interessati potrebbero essere potenzialmente coinvolti in un dialogo continuo con l'amministrazione. Tale profilo di criticità, poi, potrebbe riverberarsi sulla concreta modalità di gestione di tutta la documentazione richiesta dall'amministrazione al fine del mantenimento dell'autorizzazione in parola, dato che anche quest'ultima dovrebbero essere oggetto perlomeno di una periodica (se non di una continua) revisione, anch'essa da discutere in contraddittorio con l'autorità doganale.

10. Conclusioni

Come è stato correttamente osservato, l'attuale contesto economico, sempre più globalizzato, è sempre maggiormente caratterizzato dalla crescente presenza (e conseguente influenza economica) dei grandi gruppi di imprese. Questi ultimi, estendendo a livello internazionale la loro attività, cercano di rispondere con immediatezza ed efficacia ai cambiamenti imposti dal repentino evolversi dei modelli di *business*, al fine di ridurre i propri costi ed aumentare la propria competitività.

In tale contesto, il processo di valorizzazione dei beni non segue sempre una logica unitaria, ma, al contrario, può trovarsi a dover seguire diverse logiche che potrebbero essere non del tutto coerenti tra loro: logiche che potrebbero porsi in contrasto con le norme che gli Stati hanno introdotto al fine di regolamentare gli scambi commerciali internazionali, queste ultime per lo più tese a ottenere gettito e a salvaguardare interessi di tipo protezionistico.

Tali differenti logiche devono, comunque, tendere al rispetto dei vincoli determinati dall'incontro della domanda e dell'offerta, e, pertanto, devono essere dirette verso un fine comune, che è quello di individuare un valore obiettivamente di mercato da attribuire ai beni, che sia per quanto possibile ossequioso delle predette esigenze.

Il problema della concreta individuazione del valore dei beni è caratterizzato in maniera specifica allorquando si presenta all'interno di un gruppo di imprese multinazionale, chiamato ad operare in diversi mercati e ad interfacciarsi con differenti giurisdizioni e modalità organizzative nello stesso momento.

In tale contesto, le comuni regole di mercato scontano giocoforza l'influenza dei rapporti interni presenti tra le varie imprese del gruppo: i valori utilizzati

non superare gli ordinari termini degli esercizi annuali almeno per i soggetti con i più grandi volumi di movimentazione di merce in Dogana, mentre per le piccole e medie imprese possono essere accettati periodi triennali».

e i risultati ottenuti, pertanto, devono essere riallineati, in modo tale da risultare ossequiosi delle dinamiche di libera concorrenza.

Si è visto, in relazione a tale contesto, come sia possibile utilizzare, attraverso uno sforzo interpretativo e operativo, le norme attualmente in vigore al fine di addivenire ad un sistema di individuazione dei valori rispettoso sia delle logiche economiche dell'impresa multinazionale, e sia delle logiche imposte dagli Stati ai fini dell'applicazione delle imposte dirette e dei tributi doganali, essendo certamente possibile sostenere la compatibilità dei valori fissati ai fini delle imposte dirette con la disciplina doganale, con l'obiettivo di rendere possibile all'operatore economico l'utilizzo di un valore unico di riferimento.

Al fine di perseguire l'obiettivo proposto, non apparendo più proficuo indugiare sull'analisi comparata delle singole norme regolanti i due settori dell'imposizione diretta e dell'imposizione doganale, al fine di tentare di trovare delle potenziali similitudini, come pure una parte della dottrina ha tentato di fare, attualmente si privilegia, invece, la prospettiva fondata sulla comunanza degli intenti perseguiti dai due sistemi di norme, che rimangono sempre quelli di fissare un valore corretto rispetto alle condizioni del libero mercato, cercando di andare oltre, quindi, alla tradizionale contrapposizione prospettata fino ad oggi al fine di propendere per l'inconciliabilità dei due sistemi impositivi, e che ha visto, da un lato, l'amministrazione fiscale portata a sottostimare il valore dei beni in ingresso, e, dall'altro, l'amministrazione doganale portata a sovrastimare il medesimo valore.

Tale prospettiva di indagine appare certamente più opportuna, in quanto, anche a seguito della modifica della disposizione di cui all'art. 110, co. 7, del D.P.R. n. 917/1986, è ben evidente come il legislatore tributario italiano, adeguando la legislazione vigente al mutato contesto internazionale, abbia abbandonato la previgente impostazione – basata sulla considerazione, ai fini della determinazione della correttezza del prezzo di trasferimento, del valore normale – dirigendosi verso l'utilizzo del prezzo di libera concorrenza.

Si è detto, poi, di come le norme valide ai fini doganali prevedano che, nel momento in cui l'operazione commerciale avvenga tra imprese facenti parte di un gruppo multinazionale, e, quindi, in presenza di soggetti tra loro legati, il valore di transazione sia accettabile se sia possibile concludere che il legame, sulla base dell'esame delle circostanze proprie della vendita, non abbia influito sulla determinazione del prezzo, che, pertanto, deve essere in linea con il prezzo di mercato.

Emerge, quindi, come il valore dichiarato al momento dell'importazione di merci da Paesi terzi sia ai fini delle imposte dirette sia ai fini delle imposte doganali debba, quindi, essere pari ad un valore eventualmente adeguato in maniera opportuna in modo da eliminare l'influenza dei legami societari che potrebbero aver influito nella sua determinazione.

Riflettendo sulla compatibilità e sulla validità dei prezzi di trasferimento stabiliti all'interno del gruppo di imprese multinazionale attraverso l'utilizzo dei metodi previsti dalle *Linee guida OCSE* anche ai fini doganali – ciò che ha costituito, e continua ancor oggi a costituire, il terreno di confronto tra gli studiosi, le organizzazioni internazionali e le autorità fiscali – ed esaminando il ventaglio delle possibili soluzioni che sono state prospettate, può certamente affermarsi che siano assenti cause veramente ostative all'ingresso di tutti i metodi previsti dall'OCSE anche in dogana, in quanto anch'essi diretti a determinare un prezzo di libera concorrenza.

L'ingresso nell'ambito doganale del valore così determinato deve avvenire attraverso la complessiva documentazione sui prezzi di trasferimento che – predisposta dall'impresa multinazionale ai fini delle imposte dirette – può certamente risultare utile innanzi alle autorità doganali a fini probatori, in quanto recepisce e ricostruisce tutto il percorso logico ed economico che il gruppo societario ha seguito per fissare il prezzo di trasferimento, nonché i criteri e metodi OCSE applicati alla singola realtà.

Analizzando, poi, gli effetti in dogana degli aggiustamenti di prezzo operati ai fini del *transfer pricing* – problema questo che ha rappresentato una *vexata quaestio* tra i gruppi di imprese multinazionali e le amministrazioni doganali, sul presupposto che proprio la presenza di un aggiustamento di prezzo potrebbe far propendere per la non congruità del valore inizialmente dichiarato – si è visto come solo in tempi recenti tale problematica paia essersi avviata sulla via di una soluzione, dopo un iniziale periodo di totale chiusura.

Al fine di tentare di conciliare il valore determinato ai fini delle imposte dirette con il valore rilevante ai fini delle imposte doganali, sono ad oggi prospettabili sostanzialmente tre soluzioni, tutte, però, facenti leva sulla concreta possibilità di ingresso della documentazione rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento anche innanzi alle autorità doganali.

Ed infatti, alla procedura di revisione dell'accertamento doganale e alla procedura della dichiarazione incompleta – che, come si è visto, con alcuni accorgimenti possono certamente utilizzarsi a tal fine – nell'ultimo periodo si è affiancata la specifica procedura che prevede una forfetizzazione preventiva a seguito di *ruling* doganale in materia di valore.

Quest'ultima è, allo stato, la procedura più promettente, in quanto sollecita – e pone a suo fondamento – un costante dialogo tra amministrazione doganale e impresa facente parte del gruppo multinazionale, certamente idoneo a prevenire la nascita di contestazioni sul valore dichiarato.

Ciò in quanto la concreta individuazione del valore da dichiarare viene a determinarsi all'esito di un procedimento attuato nel contraddittorio tra le par-

ti, e per il tramite del quale si riesce a giungere ad una sorta di predeterminazione concordata dei fatti che sono alla base dell'obbligazione tributaria doganale. In questo modo, l'accertamento del valore rilevante in dogana viene ad essere affiancato dal fondamentale apporto consensuale e conoscitivo del contribuente – fornito attraverso la documentazione sui prezzi di trasferimento – e rilevante in ordine alla dimostrazione probatoria della dimensione economica del valore a fondamento del presupposto e della base imponibile.

Attraverso il *ruling*, quindi, da un lato l'ufficio doganale non sarebbe tenuto a dimostrare secondo le regole ordinarie il valore corretto della merce importata nel caso di transazione infragruppo, mentre, dall'altro, il contribuente rinuncerebbe ad una eventuale verifica giurisdizionale della fondatezza della pretesa fiscale, a fronte di una tendenziale stabilizzazione del rapporto d'imposta sui livelli quantitativi stabiliti nell'accordo di *ruling*, giungendosi, quale effetto ultimo, ad una rapida riscossione del dazio dovuto così convenzionalmente determinato, e ad un eventuale altrettanto rapido rimborso nel caso di aggiustamento del prezzo.

Sulla base di tali premesse, il passo successivo che pare auspicabile⁹² è ancor oggi quello consistente nell'introduzione di uno specifico *ruling* fiscale e doganale unico in materia di valore, che possa consentire ai gruppi multinazionali di interfacciarsi contemporaneamente con entrambe le autorità – in una sorta di “dialogo a tre” idoneo a tutelare contemporaneamente i diversi interessi coinvolti – al fine di addivenire ad una valorizzazione unitaria del “valore/prezzo di transazione”.

⁹² Rimanendo sullo sfondo, almeno fino ad oggi ed in una prospettiva *de iure condendo*, da un lato la recentemente caldeggiata possibilità dell'istituzione di una *informazione vincolante sul valore* e, dall'altro, la remota, seppur da qualcuno ventilata, possibilità di una unificazione delle amministrazioni coinvolte, che implicherebbe, giocoforza, una assenza di difformità di vedute in ordine alla corretta determinazione del valore, pena la evidente contraddittorietà della motivazione posta alla base di eventuali contestazioni.

Tributi doganali e transfer pricing: dall'antinomia al coordinamento giuridico

L'articolo esamina il controverso tema della convivenza tra la disciplina dei prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) e quella della valorizzazione dei beni in dogana, con riferimento all'esperienza delle imprese facenti parte di un gruppo multinazionale. L'esistenza di due differenti sistemi di valorizzazione si pone come elemento di rallentamento allo sviluppo del commercio transfrontaliero e globale, obiettivo quest'ultimo sostenuto dai governi delle maggiori economie mondiali e da diverse organizzazioni internazionali.

Sull'argomento si registra tutt'ora una diversità di vedute tra le diverse posizioni espresse in dottrina, in giurisprudenza e dalla prassi amministrativa doganale.

L'Autore, prendendo in esame l'esperienza di alcuni Stati europei ed extraeuropei, dopo l'illustrazione delle diverse soluzioni giuridiche ad oggi prospettate, giunge *de iure condendo* ad una riflessione in ordine ad una possibile soluzione al problema, così da evitare che in presenza di un'unica transazione commerciale si possa addivenire all'individuazione di diversi valori per un solo prezzo, garantendo una sorta di coordinamento tra i due sistemi di valorizzazione.

Customs taxes and transfer pricing: from the antinomy to the legal coordination

The article investigates the contested issue of the co-existence between the transfer pricing and the enhancement of goods in customs goods, with the experience of the multinational group member businesses. The existence of two different systems of enhancement stands as a slowdown to the global and cross-border commerce development, goal of the major global economies' governments and of many international organizations. On the subject, there is still a variety of opinions among the separate positions in law and administrative customs practice. The author, taking into account some European and non-EU Countries' works, after depicting various nowadays' legal solutions, reflects *de iure condendo* about a possible solution to the problem, in order to prevent the detection of different values for a single fare, with a unique commercial transaction, providing a sort of a coordination between the two enhancement systems.

I Co.Re.Com – Tra fallimento del regionalismo e decentramento di nuove funzioni di servizio

Renato Rolli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Radiotelevisione e costituzione – un approccio costituzionalmente orientato della materia. – 1.2. Prodromi, tra corti interne e normativa nazionale – la radiotelevisione dal “monopolio” al “pluralismo”. – 1.3. L'integrazione comunitaria – le autorità amministrative indipendenti. – 1.4. L'istituzione dell'AG.Com. – 2. Linee evolutive. – 2.1. Prime istanze federalistiche nell'affermazione delle regioni nel settore dell'informazione. – 2.2. Dai Co.Re.Rat. ai Co.Re.Com. Le delibere 52/99 e 53/99. – 2.3. Dagli accordi quadro del 2003/2008 ad oggi. – 3. Funzioni delegate: le deleghe dell'AG.Com. in materia di radiotelevisione. – 3.1. Il Registro degli operatori di comunicazione. – 3.2. Misure di sostegno. – 3.3. Vigilanza e monitoraggio sulle emittenti radiotelevisive locali. – 3.4. Vigilanza sulla *Par condicio*. – 3.5. I messaggi autogestiti gratuiti. – 3.6. Sondaggi. – 3.7. Diritto di rettifica con riferimento al settore radiotelevisivo locale. – 4. Le ulteriori funzioni delegate: le deleghe dell'AG.Com. in materia di telecomunicazioni. – 4.1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione. – 4.2. Provvedimenti temporanei. – 4.3. Definizione delle controversie. – 5. Funzioni proprie – le deleghe delle regioni in materia di radiotelevisione. – 5.1. Diritto di accesso alle trasmissioni della concessionaria radiotelevisiva pubblica. – 5.2. Vigilanza sull'inquinamento elettromagnetico a tutela dell'ambiente e della salute. – 5.3. Ulteriori attività delegate: digitale terrestre e attività di ricerca, convegni, eventi di comunicazione pubblica. – 6. Uno sguardo d'insieme sulle attività dei Co.Re.Com: punti di forza, criticità e prospettive future. – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La televisione e i successivi mezzi di comunicazione, nel corso del tempo, hanno attribuito alla giurisprudenza una funzione decisoria volta a fornire strumenti utili al legislatore, in particolar modo con riferimento alla successiva regolamentazione positiva. L'argomento suscita straordinario interesse, in quanto la

storicità del fenomeno (malgrado intrisa di una evidente carica di politicità) va a confrontarsi con l'attualità, fornendo preziosi spunti di riflessione, in ordine a come deve o dovrebbe, altresì, essere la nuova comunicazione.

Il superamento del monopolio televisivo, il proliferare di canali informativi, soprattutto in ambito locale e il contestuale regionalismo, hanno permesso al legislatore di sperimentare taluni organismi a carattere ibrido, il cui impiego, ad oggi, però, ha quasi sempre portato a risultati insufficienti. Dapprima i Comitati Regionali per i servizi radiotelevisivi (di seguito Co. Re. Rat), e successivamente i Comitati Regionali per le Comunicazioni (d'ora in poi, Co.Re.Com), che apporto possono o avrebbero potuto dare in ordine all'informazione regionale? E soprattutto, ha senso parlare di autorità regionali in materia di comunicazione? L'obiettivo di tale lavoro consiste, pertanto, nel fare luce su una materia rimasta pressoché inesplorata, focalizzando l'attenzione su una tematica cardine, ovvero sia la tutela dell'informazione radiotelevisiva.

In primo luogo si procederà con l'analisi delle funzioni, delle competenze e delle loro strutture amministrative. Successivamente, si ripercorrerà il lungo iter che ha portato alla nascita dei medesimi, in particolar modo il ruolo delle Regioni nella materia dell'"ordinamento della comunicazione". Tale studio, insieme alla disamina della struttura organizzativa dei Comitati e all'analisi del modello diarchico nazionale, è stato ritenuto propedeutico all'approfondimento che verrà svolto in ordine alle funzioni e alle competenze. Si affronteranno poi, le questioni inerenti alle funzioni proprie e a quelle delegate, fornendo una panoramica sulle caratteristiche e le precondizioni per l'attribuzione della delega. Di talché, dopo un focus sulle funzioni delegate relative all'esperienza del tentativo obbligatorio di conciliazione, si presterà attenzione alle istanze comunitarie. Pertanto, dall'analisi delle funzioni proprie (di attribuzione regionale) e di quelle delegate (espressione del decentramento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, successivamente AG.Com.), si cercherà, infine, di tracciare le conclusioni in ordine all'efficacia di quest'organismo.

1.1. *Radiotelevisione e costituzione – un approccio costituzionalmente orientato della materia*

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che l'art. 21 Cost. garantisca le manifestazioni di pensiero, "divulgate" con la parola, con lo scritto e con ogni altro mezzo diretto a diffondere la personalità dell'autore¹. Da tale assunto

¹ A. Pace, M. Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. Amato (a cura di), *Commentario della costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 2006, 38.

ne deriva *in primis* il diritto al libero uso di essi “in condizioni di eguaglianza”², non già un diritto di tutti ad esprimersi col mezzo televisivo³; ne consegue, inoltre, il proliferarsi della informazione radiotelevisiva (caratterizzata da limiti di ordine tecnico-oggettivo) rispetto alla “libertà di manifestazione del pensiero”⁴. Si desume, infine, il diritto passivo alla ricezione delle notizie, inteso dalla dottrina come “diritto sociale” (Barile) e dalla Corte costituzionale come diritto soggettivo autonomamente azionabile davanti al potere giudiziario⁵, nella necessaria adozione «di una disciplina pubblicistica dei mezzi di informazione volta ad impedire che il loro uso sia privilegio di pochi»⁶ (pur estrinsecandosi quasi sempre nell’ “autonomia dei privati”)⁷.

1.2. *Prodromi, tra corti interne e normativa nazionale – la radiotelevisione dal “monopolio” al “pluralismo”*

Nell’immediato dopoguerra in Italia, come nel resto d’Europa, la radio e la televisione erano amministrate dallo Stato in regime di monopolio⁸. I conseguenti interventi giurisprudenziali hanno mostrato segnali di debole apertura. L’utilizzazione delle frequenze sarà intesa non più come reato, ma come illecito amministrativo – *ne cives ad arma veniant* (Corte cost. n. 202/1976), né successivamente si evidenzierà un contrasto del monopolio statale radiotelevisivo con l’art. 43

² A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 458.

³ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 294; «[...] l’essenza di questa libertà non è che il singolo abbia possibilità di uso dei mezzi di diffusione del pensiero, ma che egli possa liberamente manifestare ciò che pensa, con i mezzi a propria disposizione [...]» (C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano, 1958, 27, nota 58). Tali considerazioni sono tuttavia destinate ad essere ridimensionate dai nuovi processi tecnologici che determinano una più efficiente utilizzazione della banda in ordine alla trasmissione di più canali su una stessa frequenza.

⁴ P. Stancati, *Manifestazione del pensiero e informazione tra libertà e funzione*, Cosenza, 2002, 153.

⁵ A. Valastro, *op. cit.*

⁶ F. Donati, *Convergenza multimediale e libertà di informazione*, in Aa.Vv., *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 316.

⁷ In senso difforme, A. Bevere, A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2006, 39 ss. Le differenze tra le discipline dei mezzi per essere legittime devono ragionevolmente poggiare su reali esigenze di fatto o di diritto (P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 228), nell’intima connessione della libertà d’informazione con i mezzi di diffusione, con ciò precludendo un “diritto al mezzo radiotelevisivo”, a prescindere dalla materiale disponibilità. (A. Valastro, *op. cit.*, 455 e 456). In senso difforme, P. Stancati, *op. cit.*, 160.

⁸ R. Zaccaria, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, con la collaborazione di A. Valastro, Padova, 1998, 8. Tale situazione destava qualche perplessità in dottrina. In particolare Esposito si chiedeva se fosse ammissibile l’accentramento in uniche e pubbliche mani di un mezzo di diffusione o la sua nazionalizzazione (C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in *Riv. italiana per le scienze giuridiche*, Napoli, 2011).

Cost. (Corte cost. n. 225/1975)⁹; non sono sussistenti le condizioni per sottoporre a regime di monopolio statale la radiotelevisione via cavo a livello locale (Corte cost. n. 226/1975)¹⁰. La riserva allo Stato e la conseguente sottrazione alla libera disponibilità dei privati¹¹ sarà espressione del regime autorizzativo cui sarà sottoposta¹² anche l'attività radiotelevisiva via cavo a livello locale (l. n. 103/1975, 24 ss.).

Nelle sentenze di cui sopra, il legislatore ha distinto il servizio pubblico, riservato allo Stato, dalla libertà di manifestare il proprio pensiero attraverso il mezzo radiotelevisivo. Nella impossibilità di continuare ad operare in regime di monopolio, il legislatore ha favorito l'autonomia dei privati, seppur con alcune garanzie¹³. Chiamata in causa dalla RAI, preoccupata da una crescita senza limiti del sistema privato, la Corte costituzionale con sent. 21 luglio 1981, n. 148¹⁴, sancisce una tutela a favore delle emittenti private - locali, scongiurando già l'esistenza della formazione di un monopolio o di un oligopolio¹⁵. Nell'estate del 1990, pertanto, il Parlamento approvava la «legge Mammi»¹⁶ (l. n. 223/1990) contenente norme in materia di concessione per la radiodiffusione sonora, oltre all'istituzione della figura di un «Garante per la radiodiffusione e l'editoria» (art. 6 l. ult. cit.) dotato anche di poteri sanzionatori¹⁷. Mai favorevolmente accolta da consolidata dottrina (Pace, Zaccaria, Caretti), la legge venne dichiarata incostituzionale¹⁸. La sussistenza di frequenze occupate di fatto indurrà successivamente il Governo (d. l. 27 agosto 1993, n. 323) e il Parlamento (l. conv. 27 ottobre 1993, n. 422) a decidere in favore della prosecuzione dell'esercizio degli impianti con le radiofrequenze occupate di fatto. Da ultimo, si menziona il Testo unico della radiotelevisione il quale risponderà all'esigenza di una nuova legge di sistema¹⁹.

⁹ Che l'emittenza radiotelevisiva locale si sia prestata storicamente ad una lettura politica di «antistatalismo» non toglie che proprio quest'aspetto contribuisca più di ogni altro a spiegare le alterne vicende della fortuna del modello nel suo insieme (M. Corsale, *Pluralismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 1013). Che non si tratti, peraltro, di una peculiarità nazionale è confermata dalla copiosissima normativa comunitaria (V. Zeno-Zencovich, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997, n. 249*, 206, 207, disponibile al sito: www.giur.uniroma3.it).

¹⁰ L. Scaffardi, G. Maestri, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Parma, *Il pluralismo nel sistema radiotelevisivo italiano: la normativa italiana e comparata*, 2008, 28.

¹¹ C. Chiola, *Informazione, pensiero, radiotelevisione, Problemi concreti e commenti*, Napoli, 1984, 83.

¹² P. Caretti, *Diritto dell'informazione e comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2005, 111.

¹³ A. Loiudice, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Napoli, 1969, 9.

¹⁴ B. Tonoletti, *Principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva*, in Aa.Vv., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2003, 226.

¹⁵ P. Caretti, *op. cit.*

¹⁶ G. De Rosa, *Legge sull'emittenza radiotelevisiva e unità della DC*, in Aa.Vv., *La civiltà cattolica. Dizionario enciclopedico di spiritualità*, a cura di E. Ancilli, anno 141, 1990, Roma, 521.

¹⁷ Corte cost., 26 marzo 1993, n. 112; Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 420.

¹⁸ P. Caretti, *op. cit.*

¹⁹ P. Caretti, *op. cit.*

1.3. *L'integrazione comunitaria – le autorità amministrative indipendenti*

Presupposto per l'affermazione del modello delle autorità amministrative indipendenti è uno «spazio amministrativo sufficientemente aperto».

Introdotta nei sistemi dell'Europa continentale, il prototipo in esame ha fatto sì che lo Stato modificasse i criteri tradizionali del proprio intervento, trasformandosi da *Stato gestore* a *Stato regolatore*²⁰, causando non pochi problemi con riferimento in specie all'attribuzione delle funzioni e alla sovrapposizione di competenze²¹.

Tale modello, caratterizzato da accentuata indipendenza, è il risultato, *de facto*, tanto auspicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza²²: la sua nascita, da un lato, è stata agevolata da un sistema frammentario tipico dell'ordinamento italiano, dall'altro, ha introdotto ulteriori elementi di complessità nel sistema organizzativo dei pubblici poteri²³.

Le autorità indipendenti, infatti, trovano il loro «dover essere» nel compito di valutazione, controllo ed osservanza scrupolosa della disciplina di regolazione di determinati settori di particolare rilievo, avvicinando tale *munus* al ruolo del giudice²⁴.

Perplessità residuano in ordine alla automatica riconduzione di tali organismi indipendenti nel novero dei poteri amministrativi, operata per esclusione²⁵ pur se esercitano funzioni para-legislative e para-giurisdizionali²⁶. Definirle «autorità di vigilanza», dotate anche di poteri sanzionatori (art. 51 d.lgs.

²⁰ F. Gobbo, *Alcune note a margine del progetto di riforma del sistema delle Autorità*, in *Ipotesi di riforma delle Autorità indipendenti*, a cura di AREL Informazioni. *Quadrimestrale di analisi scientifica e di dibattito*, 2002, 1, 36.

²¹ G. Trabucchi, E. Fabbion, *Autorità indipendenti e nuova organizzazione dello Stato*, in Aa.Vv., *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, a cura di P. Cavalieri, G. Dalle Vedove, P. Duret, Padova, 2003, 424. L'introduzione del nuovo modello avrebbe comportato, da una parte, una duplicazione del potere normativo, che viene affidato a soggetti diversi dal Parlamento, e, dall'altra, una limitazione del ruolo del Governo, che vede trasferito parte del proprio potere di decisione ad altre istituzioni. In questa situazione, dunque, diviene impossibile ricondurre le autorità in questione nell'ambito di uno dei poteri tradizionali dello Stato (C. Franchini, *Le autorità indipendenti come figure org.*, 1996, 79).

²² S. Cassese, *Le autorità indipendenti – origini storiche e problemi odierni nuove*, in *I garanti delle regole*, cit., 221.

²³ C. Franchini, *op. cit.*, 69. Lo si evince, in particolare, dall'esame della posizione dei poteri e delle modalità di azione di tali soggetti, i quali, innanzitutto, si pongono al di fuori dell'apparato esecutivo e dunque, tendenzialmente, sfuggono al controllo del Governo; in secondo luogo, esercitano funzioni normative e, dunque, si sostituiscono – seppur in misura parziale e, comunque sempre sotto il suo controllo – al Parlamento, agiscono attraverso forme di natura contenziosa, tipiche del processo, perché applicano principi propri dell'autorità giurisdizionale, proponendosi, in definitiva, come istituzioni para giudiziarie (C. Franchini, *op. cit.*, 69).

²⁴ F. Longo, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, cit., 69.

²⁵ S. Foà, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 9.

²⁶ Si consenta il rinvio a R. Rolli, *Autorità, libertà e indipendenza. La copertura costituzionale delle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Le Autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, a cura di F. Luciani, Napoli-Roma, 2011, 167.

177/2005) appare dubbio, così come, la discrezionalità nell'esercizio²⁷ del potere di regolazione ed il compito di tutela in una materia così delicata²⁸. L'esigenza di porre un rimedio urgente in questioni specialistiche, in ordine al quale l'operato del giudice ordinario potrebbe apparire inadeguato, giustifica la sua istituzione, il che ne escluderebbe (probabilmente) il vizio di incostituzionalità²⁹.

1.4. *L'istituzione dell'Ag.Com.*

Le censure offerte dalla sentenza costituzionale n. 420/1994 in ordine alla lesione del pluralismo informativo³⁰ e congiuntamente i ritardi nel processo europeo di liberalizzazione³¹, imporranno all'Italia un veloce adeguamento del sistema, esigenza soddisfatta con la promulgazione della legge n. 249/1997, istitutiva dell'AG.Com. Tra i punti sottoposti all'attenzione del legislatore vanno annoverati l'individuazione dei limiti *antitrust* e del numero delle reti possedute nonché i termini previsti per la loro applicazione concreta³². Nel disegno di legge è previsto che le competenze del Garante per l'Editoria e la radiotelevisione siano ricomprese in quelle dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, salvo che vi sia concorrenza tra di esse³³.

Oltre ad essere investita delle precedenti funzioni assegnate al Garante per l'editoria e la radiotelevisione, sarà definita "Autorità della convergenza" poiché dotata di poteri di regolazione, oltre che di poteri di controllo, vigilanza e sanzione, che fanno di essa il vero "organo di governo" del settore.

Dunque, siamo in presenza di una normativa di matrice comunitaria arricchita per specifiche esigenze nazionali, come il compito di garantire contestualmente i diritti dei cittadini a prestazioni un tempo assicurate direttamente dal-

²⁷ E. Pontarollo, *Italia: la faticosa applicazione di buone regole*, in E. Pontarollo, A. Oglietti (a cura di), *Regole e regolatori nelle telecomunicazioni europee*, Bologna, 2003, 193 ss.

²⁸ P. Caretti, *L'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, problemi e prospettive*, in Aa.Vv., *Europa e informazione*, a cura di M. Manetti, Napoli, 2004, 32 ss. Analogamente, P. Stancati, *op. cit.*, 262 ss.

²⁹ G. Scarselli, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, vol. 1, *Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 296 ss. Anche la dottrina straniera ravvisa in modo unanime la nascita del fenomeno delle *Authorities* su ragioni sostanzialmente riconducibili al mercato: si è in particolar modo tenuto conto del recente fenomeno delle privatizzazioni, dello sviluppo dei mercati internazionali rispetto a quelli interni e delle maggiori esigenze dei cittadini dinanzi alla specializzazione dei vari settori produttivi (G. Scarselli, *op. cit.*, 296 ss.).

³⁰ E. Cheli, *Intervento*, in A. Maccanico (a cura di), *Il grande cambiamento. Gli anni della liberalizzazione delle comunicazioni visti da un protagonista*, Segrate, 2001, VII e VIII.

³¹ Tale processo segnerà per il nostro paese cammino europeo di riforma del settore delle TLC. Per approfondimenti si veda: E. Pontarollo, *op. cit.*, 191.

³² R. Zaccaria, *op. cit.*, 31.

³³ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, 65.

lo Stato (questo per le telecomunicazioni), nonché il diritto ad un'informazione pluralista (per ciò che attiene alla stampa e alla radiotelevisione).

2. *Linee evolutive*

2.1. *Prime istanze federalistiche nell'affermazione delle regioni nel settore dell'informazione*

Le regioni rivendicano sin dalla loro costituzione uno spazio autonomo nella gestione dei mezzi di comunicazione. Questa aspirazione trova riscontro nella prima giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 225 e n. 226 del 1974), con l'invito al legislatore di aprire la disciplina del monopolio a tutte le espressioni del pluralismo³⁴. Alle regioni si riconosceranno una partecipazione nel servizio pubblico radiotelevisivo (art. 5, l. 14 aprile 1975, n. 103) e i Comitati regionali per il servizio radiotelevisivo (Co.Re.Rat.), eletti dai Consigli regionali e dotati di competenze consultive oltre che di poteri di regolazione dell'accesso alle trasmissioni regionali³⁵, e di proposta in ordine alla programmazione regionale della RAI³⁶. Costituiranno una risposta, seppur modesta, alle pretese avanzate già da qualche anno dalle regioni³⁷. La legge 6 agosto 1990, n. 223, segna un ridimensionamento dei poteri delle regioni nella parte in cui viene escluso il potere di influire sulla composizione del CdA della concessionaria pubblica, riconsen-

³⁴ P. Siconolfi, *Funzioni e ruolo dei Corecom*, Le istituzioni del Federalismo, 2006

³⁵ R. Niro, *Ordinamento delle comunicazioni e Regioni*, in Aa.Vv., *Europa e informazione*, a cura di M. Manetti, Napoli, 2004, 157.

³⁶ P. Siconolfi, *op. cit.*

³⁷ A partire dagli anni sessanta, la Corte costituzionale affermò che il monopolio delle comunicazioni non avrebbe potuto chiudersi aprioristicamente agli apporti della società, ma avrebbe dovuto caratterizzarsi come un monopolio "di tipo particolare", informato ai principi di uguaglianza sostanziale e di partecipazione dei cittadini alla gestione dei servizi pubblici. L'invito dei giudici delle leggi venne così tradotto nella l. 14 aprile 1975, n. 103, alla quale si attribuisce il pregio di aver conferito proprio alle regioni il potere di partecipare alla formazione delle strutture centrali di amministrazione dei servizi di comunicazione, prevedendo l'istituzione di Comitati regionali per la radiotelevisione, in coerenza con il quadro costituzionale dell'epoca secondo il quale la materia delle comunicazioni era affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ora, se tali indicazioni lasciavano prefigurare dei pur limitati spazi di intervento regionale, come nel caso della sent. n. 118 del 1981, sarà la sent. 348 del 1990 della Corte cost. a sancire il *venir meno della prima ipoteca* relativa al ruolo delle regioni nel settore considerato. Essa coincideva, d'altro canto, con la *scomparsa della seconda ipoteca* determinata dall'avvio del sistema misto pubblico-privato di cui alla c.d. legge Mammi e dalla conseguente eliminazione della riserva statale non più solo con riguardo all'emittenza locale (liberalizzata – come si sa – per effetto della sent. della Corte costituzionale 28 luglio 1976, n. 202) ma anche a quella su scala nazionale. A ciò si aggiungeva la riaffermazione della competenza regionale a legiferare in materie "tangenziali" (M. Provenzano, *I Co.Re.Com.: inquadramento sistematico delle funzioni e delle competenze*, in www.ildirittoamministrativo.it, 4 ss.).

done tuttavia la possibilità di stipulare convenzioni con quest'ultima e con i concessionari privati in ambito locale (art. 7, comma 2, l. ult. citata)³⁸.

La riforma costituzionale del Titolo V ha incluso il settore della comunicazione "ordinamento della comunicazione" tra le materie di legislazione concorrente³⁹. In tale scenario, dunque, sempre vivo è il dibattito in merito al regionalismo differenziato di cui all'art. 116, terzo comma, Cost. Alle Regioni a statuto ordinario si garantisce, quindi, la possibilità di acquisire nuove competenze legislative ed amministrative, rispetto a quelle costituzionalmente spettanti ai sensi del 117, primo comma, Cost. Sicché, all'epoca della riforma costituzionale del titolo V, gli autori della legge costituzionale 3 del 2001, propendevano per un modello incentrato sulla differenziazione delle politiche, mediante l'attribuzione di «forme e condizioni particolari di autonomia» alle regioni ordinarie, concluso con una legge del Parlamento approvata a maggioranza assoluta dei componenti. I fautori della *devolution* perseguivano, di contro, una forma di differenziazione, più che devoluzione, senza alcuna mediazione. Orbene, delle materie per le quali sono attivabili le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» si menzionano, anzitutto, quelle rientranti nella potestà legislativa concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost. e, nel caso di specie, l'ordinamento delle comunicazioni. Ed ancora, sono classificabili le seguenti materie di potestà legislativa esclusiva statale: organizzazione della giustizia di pace (art. 117, secondo comma, lett. l, Cost.); le norme generali sull'istruzione di cui al 117, secondo comma, lett. n), Cost., nonché la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (lett. s del medesimo articolo sopracitato).

È oggetto di discussione in dottrina la materia dell'"ordinamento delle comunicazioni", distinguendosi tra il settore delle "telecomunicazioni" e quello della "radiotelevisione"; nel campo delle telecomunicazioni gran parte della regolazione (e non solo di principio) è di matrice comunitaria, per cui il ruolo della legislazione regionale è meramente interstiziale; mentre con riferimento al campo della radiotelevisione le esigenze unitarie si presentano meno intense (Corte cost. n. 284 del 2002), e il vincolo comunitario è certamente più elastico⁴⁰.

³⁸ R. Niro, *op. cit.*

³⁹ M. Provenzano, *op. cit.*, 4. Ci si riferisce in particolare a: Corte cost. 13 luglio 1960, n. 59, e a Corte cost. 10 luglio 1974, n. 225.

⁴⁰ P. Caretti, *op. cit.*

2.2. *Dai Co.Re.Rat. ai Co.Re.Com. Le delibere 52/99 e 53/99*

Istituiti con legge del 1975 per dare riscontro alle pretese avanzate dalle regioni per un maggior coinvolgimento nel settore dell'informazione⁴¹, i Co.Re.Rat. ampliarono i criteri di composizione, le loro funzioni e i poteri, divenendo i terminali passivi ad avalimento occasionale dell'allora Garante per l'editoria e la radiotelevisione⁴². A questi, inizialmente, veniva riconosciuto il compito di formulare proposte al consiglio di amministrazione della RAI sulle programmazioni regionali e altresì quello di regolare l'accesso a tali trasmissioni messe in onda dalla concessionaria pubblica⁴³.

La successiva legge 27 ottobre 1993, n. 422, gli riconobbe un potere di vigilanza in materia di destinazione della pubblicità dello Stato e degli enti pubblici; la precedente, invece, attribuiva ad essi il potere di controllare la corretta applicazione da parte degli operatori radiotelevisivi sulla disciplina delle campagne elettorali per l'elezione alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica.

Ed ancora, con legge 31 luglio 1997, n. 249 (istituente l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) si riconosceva alle regioni un più significativo potere in materia di comunicazioni, al punto da indurre taluno ad assegnare a tale legge statale "carattere (già) equilibratamente federalista". L'Autorità opererà in tutti i settori della comunicazione (stampa, radiotelevisione e telecomunicazioni), attraverso una rete di «comitati regionali per le comunicazioni» (Co.Re.Com.), chiamati a svolgere una serie di funzioni "proprie", individuate da leggi statali o regionali, ed eventuali funzioni delegate dalla medesima Autorità⁴⁴.

Il legislatore, sospinto anche dalla Consulta, ha quindi sostituito ai Co.Re.Rat. i Co.Re.Com. Le diversità tra il vecchio e il nuovo modello sono rilevanti giacché i Co.Re.Rat. sono improntati sulla base di un modello centralistico di gestione della materia delle comunicazioni, viceversa ai Co.Re.Com. veniva attribuito un riconoscimento di competenze legislative regionali assai più significative. Il procedimento di completa istituzione dei Co.Re.Com. avrà fine soltanto nel 2008, ben undici anni dopo l'approvazione della "legge Maccanico".

⁴¹ A. Frignani, V. Zeno Zencovich, *La televisione digitale. Temi e problemi. Commento al D.lgs. 177/05 t.u. della Radiotelevisione*, Milano, 2006, 335.

⁴² A. Frignani, V. Zeno Zencovich, *op. cit.*

⁴³ M. Mensi, *Le Regioni ed i nuovi Comitati regionali per le comunicazioni nel nuovo ordinamento delle comunicazioni*, in *Diritto ed economica dei mezzi di comunicazione*, anno IX, 2010, 2, 19. La legge Mammi attribuiva un nuovo ruolo alle regioni in materia di comunicazioni. Alle regioni, in particolar modo, viene attribuito «il potere di disciplinare il funzionamento dei Co.Re.Rat. (l. 6 agosto 1990, art. 7, c. 3), oltre al potere di imporre ai concessionari privati e alla concessionaria pubblica la "trasmissione gratuita di brevi comunicati" per soddisfare "gravi ed eccezionali esigenze di pubblica necessità" (l. 6 agosto 1990, art. 10 c. 5). Le stesse vengono altresì dotate anche del potere di disporre interventi economici finanziari inerenti allo sviluppo della radiotelevisione "regionalizzata"» (M. Mensi, *op. cit.*, 19).

⁴⁴ R. Niro, *op. cit.*, 160 ss.

Definiti organi misti caratterizzati da una particolare natura “anfibia”⁴⁵, in quanto funzionalmente dipendenti dall’Autorità⁴⁶, il modello accolto dalla legge sopramenzionata è dunque quello di un «organo essenzialmente di controllo e di garanzia affatto simile all’Autorità centrale, collocato a livello regionale», ritenuto corrispondente ad “un’ autorità indipendente regionale”⁴⁷.

Tale modello non tardò a mostrare le lacune, laddove la legge da un lato attribuiva alle regioni, attraverso i Co.Re.Com., l’esercizio di funzioni «di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione», dall’altro, li qualifica come organi funzionali dell’AG.Com.⁴⁸, rispondendo ad un’esigenza di decentramento delle funzioni. Il modello di relazioni istituzionali dell’Autorità Garante per le Comunicazioni rappresenta il “*trade union*” tra le diverse Autorità con un fortissimo radicamento a livello regionale⁴⁹.

Con la delibera n. 52/1999/CONS, l’Autorità ha individuato gli indirizzi generali relativi ai requisiti e alle modalità di elezione dei componenti dei Co.Re.Com., nonché i metodi di organizzazione e finanziamento⁵⁰.

In linea di principio sono delegabili ai Co.Re.Com. tutte le funzioni di governo, garanzia e controllo del sistema delle comunicazioni a rilevanza locale, purché vi sia una base giuridica, non siano pregiudicate le responsabilità generali

⁴⁵ L’espressione deve riferirsi a P. Caretti. È contenuta in A. Tauro, *La comunicazione delle pubbliche amministrazioni in periodo elettorale*, Rapporto di ricerca, 2016, 45.

⁴⁶ L. Vimercati, in A. Tauro, *La comunicazione delle pubbliche amministrazioni in periodo elettorale*, cit., 45.

⁴⁷ R. Niro, *op. cit.*

⁴⁸ A. Pace, M. Manetti, *op. cit.*, 649, nota 76; si veda anche art 13, c. 2, l. 3 maggio 2004, n. 112, art. 13 c. 2 «Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI - Radiotelevisione italiana S.p.A., nonché delega al Governo per l’emanazione del testo unico della radiotelevisione» (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 104 del 5 maggio 2004).

⁴⁹ Il sistema televisivo nel trentino: criticità e prospettive in *I quaderni del Comitato provinciale per le comunicazioni*, a cura del Comitato provinciale per le comunicazioni di Trento.

⁵⁰ L’AG.Com. evidenzia diverse difficoltà nell’interpretazione della delibera n. 52/99. La prima di esse «[...] deriva dall’uso di una terminologia che fa riferimento ad istituti (decentramento, organo funzionale, delega) che hanno una loro logica e una conseguente disciplina nei rapporti tra organi appartenenti ad una stessa branca dell’Amministrazione, ma che qui vengono utilizzati in un contesto del tutto diverso e atipico, quello cioè dei rapporti tra un organo, l’Autorità (estraneo all’amministrazione ordinaria dello Stato e con forti caratteri di originalità e atipicità) ed organi, i nuovi comitati regionali, che in parte dovrebbero ripeterne le caratteristiche di fondo, ma sono al contempo concepiti dal legislatore come organi regionali [...]». La seconda difficoltà «[...] deriva dal fatto che la disposizione in parola sembra alludere ad una scansione cronologica in sede di attuazione che vede, come prima fase, quella della definizione degli “indirizzi generali relativi ai requisiti richiesti ai componenti, ai criteri di incompatibilità degli stessi, ai modi organizzativi e di finanziamento dei comitati” e, come seconda fase, quella della definizione, in via regolamentare, delle materie che possono essere delegate ai comitati stessi, laddove appare evidente che la fissazione di quegli indirizzi non possa affatto prescindere da una precisa visione dei compiti che ai nuovi Comitati si intendono attribuire [...] essi sembrano essere stati concepiti dal legislatore nazionale non tanto come organi dell’amministrazione regionale, di cui l’Autorità può avvalersi per un più efficiente esercizio delle sue competenze, ma piuttosto come strumenti per la diffusione sul territorio di quella generale funzione di “governo, garanzia e controllo” del sistema, di cui l’Autorità porta certamente la responsabilità principale, ma non esclusiva [...]».

dell'Autorità e si rispettino le precondizioni per l'assegnazione⁵¹. La delega è quindi un atto condizionato e subordinato al concretizzarsi di precisi presupposti⁵².

2.3. *Dagli accordi quadro del 2003/2008 ad oggi*

A seguito dell'intesa con la Conferenza dei Presidenti delle regioni e delle province autonome – Conferenza dei presidenti dell'Assemblea dei Consigli regionali e delle province autonome, il 25 giugno 2003 è stato approvato e sottoscritto un accordo quadro, poi sostituito da un altro successivo, sottoscritto il 4 dicembre 2008, con il quale le parti hanno ribadito i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni. L'intesa raggiunta con l'accordo quadro ha previsto il decentramento di funzioni sul territorio (non sfugga di considerare che i Comitati costituiti non esercitano tutte le funzioni delegabili ma solo quelle oggetto di convenzione)⁵³. Con la delibera n. 666/06/CONS del 23 novembre 2006, si è concluso il periodo sperimentale relativo all'esercizio delle funzioni delegate. Si è infatti ritenuto che i Co.Re.Com. fossero ormai maturi per assumere responsabilità e deleghe di ulteriori funzioni⁵⁴. Il 4 dicembre 2008 è stato sottoscritto un accordo tra l'AG.Com., la Conferenza dei presidenti delle regioni e la Conferenza dei presidenti dei Consigli regionali, con l'obiettivo di promuovere modelli organizzativi più efficaci per l'esercizio delle funzioni delegate. In questo nuovo accordo quadro si prevedeva la delega ai Co.Re.Com. di ulteriori funzioni originariamente attribuite all'AG.Com., tra cui la definizione delle controversie in sede di ricorso amministrativo⁵⁵ per l'attuazione graduale del decentramento⁵⁶.

⁵¹ Il meccanismo della delegazione determina un effettivo trasferimento della titolarità stessa del potere amministrativo da un organo ad un altro. A differenza che nella delega di funzioni conosciuta in diritto amministrativo, all'Autorità delegante non viene attribuito il potere di avocare a sé il singolo affare in quanto, come anticipato, dovrebbe procedersi in ogni caso all'avocazione dell'intera funzione. Pertanto, sembra più corretto parlare di un'ipotesi di vero e proprio decentramento amministrativo coperto, in astratto, da una previsione normativa di fonte primaria statale. In concreto, però, il decentramento avviene sulla base di fonti regionali e di moduli convenzionali che obbligano Autorità centrale e regioni (A. Cardone, *Il modello dell'amministrazione comune delle comunicazioni tra omogeneizzazione della legislazione regionale sulle funzioni proprie, funzioni delegate e garanzie di indipendenza dei Co.Re.Com.*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2007).

⁵² M. Provenzano, *I Co.Re.Com.: inquadramento sistematico delle funzioni e delle competenze*, in *www.ildirittoamministrativo.it*, 11 e 12.

⁵³ L. Cafaggi, *Il diritto delle telecomunicazioni e il ruolo dell'AG.Com.*, in *Aa.Vv., Come difendersi dalla violazione dei dati su internet. Diritti e responsabilità*, a cura di E. Bassoli, Santarcangelo di Romagna, 2012, 395.

⁵⁴ M. Mensi, *op. cit.*, 29.

⁵⁵ Secondo Gardini, «la sfida del futuro, consisterà nell'approntare un meccanismo “decentrato” di definizione di secondo grado», in P. Gianniti, R. Piccione, *La mediazione professionale nel sistema degli ADR*, Torino, 91.

⁵⁶ Il comunicato evidenzia l'importanza attribuita ai Co.Re.Com.: «In un quadro di profonda trasformazione, tra contenuti, sistemi di comunicazione e tecnologie dell'informazione, l'Autorità ritiene assolutamente

Le delibere AG.Com. del 1999 hanno fatto registrare una decisa accelerazione in ordine ai poteri dei Co.Re.Com.⁵⁷. Nel quinquennio (2011- 2015), il sistema decentrato delle comunicazioni si è esteso fino a raggiungere la copertura del 100% della popolazione nazionale sulle deleghe di prima fase e, a decorrere dal 1° gennaio 2016, l' 80% circa sulle deleghe di seconda fase⁵⁸.

3. *Funzioni delegate: le deleghe dell'AG.Com. in materia di radio-televisione*

3.1. *Il registro degli operatori di comunicazione*

Il Registro degli operatori di Comunicazione (ROC)⁵⁹ è un registro unico istituito dall'AG.Com. al fine di garantire la trasparenza e la pubblicità degli assetti proprietari, consentire l'applicazione delle norme concernenti la disciplina anti-concentrazione, la tutela del pluralismo informativo, il rispetto dei limiti previsti per le partecipazioni di società estere⁶⁰.

La loro disciplina è regolata dalla delibera 666/08/CONS, e successive integrazioni e/o modificazioni che ne individua, tra le altre cose, i soggetti tenuti all'i-

te essenziale rafforzare il rapporto con il territorio [...] la delega di ulteriori competenze ai Co.Re.Com. testimonia il loro ruolo sempre più rilevante, in un contesto di crescente autorevolezza e indipendenza». L' Autorità – prosegue il comunicato – «intende mettere a disposizione di Co.Re.Com. tutte le sue competenze per contribuire, in un quadro di tutele e di garanzie, allo sviluppo di un sistema delle comunicazioni moderno e pluralista» (M. Mensi, *op. cit.*, 30).

⁵⁷ «A partire dal 1° ottobre 2009 sono state conferite nuove deleghe ai Co.Re.Com. di Puglia, Emilia Romagna e Friuli Venezia Giulia (M. Mensi, *op. cit.*, 30).

⁵⁸ Nella fase di attribuzione di deleghe di seconda fase si è aggiunta, ad ultima, la Sicilia. Si attende l'inclusione nel sistema di altre quattro regioni: Campania, Sardegna, Valle d'Aosta e Veneto.

⁵⁹ Il Co.Re.Com. Vale d'Aosta ha un equivalente del R.O.C., che è il Registro Regionale delle Imprese di Comunicazione (RRIC), le cui risultanze sono consultabili al sito: www.corecom.vda.it, alla pagina «Registro regionale delle imprese di comunicazione». «I soggetti obbligati all'iscrizione (ex art. 2 allegato "A" alla delibera 666/08/CONS) presentano all'Autorità domanda di iscrizione al Registro degli operatori di comunicazione. [...] le imprese concessionarie di pubblicità e le imprese di produzione o distribuzione di programmi radio-televisivi (ex art. 2, lett. e, f) [...] presentano altresì l'autocertificazione antimafia. La domanda di iscrizione è presentata entro sessanta giorni decorrenti dalla data di inizio delle attività. [...] L'iscrizione al Registro è condizione per l'inizio delle pubblicazioni (art. 16 legge 7 marzo 2001, n. 62). I soggetti che svolgono più di una attività rilevante ai fini dell'iscrizione nel Registro presentano un'unica domanda [...]» (art. 5). «I soggetti che sono obbligati all'iscrizione, ex art. 2 del presente regolamento, comunicano, entro trenta giorni dal verificarsi della circostanza, ogni variazione relativa a quanto dichiarato all'atto dell'iscrizione al Registro attraverso l'invio di un'apposita dichiarazione [...]» (art. 10). Prevista altresì la possibilità di cancellazione dai ROC (redatta secondo il modello 16/ROC), nei casi in cui siano venuti meno uno o più requisiti per l'iscrizione al Registro. L'iscrizione nel Registro costituisce, nei casi previsti dalla legge, requisito per l'accesso a benefici, agevolazioni e provvidenze (art. 15), ma al contempo l'Autorità dispone di poteri sanzionatori, nel caso di inosservanza delle disposizioni di cui al presente articolato di legge (art. 24). Il Registro è gestito attraverso un sistema informativo automatizzato che consente l'estrapolazione di documenti informatici e al contempo assicura la disponibilità, l'integrità e la sicurezza con riferimento all'accesso ai dati (art. 4).

⁶⁰ www.corecomitalia.it.

scrizione⁶¹. Le attività di gestione del ROC, di competenza del Co.Re.Com., ai sensi del Regolamento 666/08/CONS, comprendono: l'istruttoria dei procedimenti di iscrizione mediante la verifica dei requisiti richiesti; l'aggiornamento del Registro mediante la gestione delle informazioni fornite da tutti i soggetti tenuti all'iscrizione; il rilascio delle certificazioni di iscrizione al Registro⁶².

Notevolmente rafforzata è la trasparenza e l'accessibilità *on line* del ROC, grazie ad una specifica piattaforma digitale che ha arricchito le funzionalità del sistema di iscrizione e la consultazione del Registro⁶³. La "dematerializzazione" ha assunto una importanza rilevante nel *modus operandi* del Registro degli Operatori di Comunicazione⁶⁴.

⁶¹ Con l'entrata in vigore della legge 16 luglio 2012, n. 103, di conversione del decreto legge 18 maggio 2012, n. 63, recante «Disposizioni urgenti in materia di riordino dei contributi alle imprese editrici nonché di vendita della stampa quotidiana e periodica e di pubblicità istituzionale», le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica, ovvero online, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguono ricavi annui da attività editoriali non superiori a 100.000 euro, non sono soggette né agli obblighi di registrazione presso il Tribunale competente né a quelli di iscrizione al Registro degli operatori di comunicazione. Con l'entrata in vigore della Delibera 565/13/CONS, in linea con le procedure di semplificazione amministrativa disposte dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, i soggetti esercenti attività di *internet point e phone center* sono stati esonerati dall'obbligo della comunicazione. Sotto il profilo regolamentare, l'entrata in vigore della delibera 398/13/CONS, ha determinato un ampliamento dei soggetti obbligati all'iscrizione al Registro, includendovi anche le concessionarie di pubblicità sul web e le agenzie di stampa a rilevanza nazionale.

⁶² Relazione del Co.Re.Com. Emilia Romagna sull'attività svolta per l'anno 2013, 44.

⁶³ *Il sistema Co.Re.Com. Attività e risultati tra il 2011 e il 2015*, Roma, Senato sala Nassirya, 9 marzo 2016, 6.

⁶⁴ I Co.Re.Com. hanno provveduto alla pubblicazione sul proprio sito istituzionale delle informazioni e della modulistica che alcuni operatori del settore delle telecomunicazioni debbono produrre all'Autorità garante in ordine alla Informativa economica di sistema (IES), fornendo in tal modo l'attività di supporto garantita all'AG.Com. Dal 2011 è disponibile il Registro Pubblico degli Operatori di Comunicazione (<http://www.elencopubblico.roc.agcom.it/roc-epo/index.html>), che consente a tutti i cittadini, e non più soltanto agli addetti ai lavori, di consultare una serie di dati di pubblica rilevanza del ROC. L'attivazione del registro è stata una prima risposta alle richieste dei Co.Re.Com. di aumentare la fruibilità del Registro sfruttandone, nel contempo, le potenzialità, anche ai fini di una più efficace pianificazione e conoscenza del sistema regionale delle comunicazioni. Si segnala tuttavia una lacuna: è consentito solamente lo svolgimento di ricerche riferite al presente, sarebbe invece utile prevedere la possibilità di impostare una data di riferimento, per effettuare rilevazioni statistiche riferite anche a situazioni pregresse (Relazione del Co.Re.Com. Emilia Romagna sull'attività svolta per l'anno 2013, 46). A livello gestionale, nel 2013, si segnala l'uso della Carta Nazionale dei Servizi (CNS) per le dichiarazioni obbligatorie al Registro. Infatti, con l'integrazione del sistema di gestione del ROC nel portale <http://www.impresainungiorno.gov.it>, in funzione già dal 16 ottobre 2012. Tutti gli operatori iscritti hanno dovuto dotarsi della CNS rilasciata dalle Camere di Commercio e da altre Pubbliche Amministrazioni per poter effettuare gli adempimenti nei confronti del Registro. Tale sistema, creato con l'intento di instaurare un interscambio informativo tra il Registro Imprese (REA), gestito dalle Camere di Commercio ed il ROC., è stato poi ulteriormente ottimizzato dall'Autorità, consentendo la generazione (ai fini delle informazioni proprie del ROC) di comunicazioni automatiche di variazione degli assetti proprietari degli operatori iscritti sulla base delle modifiche intervenute presso il Registro delle Imprese (Relazione del Co.Re.Com. Calabria sull'attività svolta per l'anno 2013, 65 e 66). L'anno 2014 è stato caratterizzato dal consolidamento e dall'aggiornamento delle modalità di gestione del sistema del Registro adottato in conformità a quanto previsto e prescritto dalla delibera n. 393/12/CONS del 4 settembre 2012, che ha sancito il principio generale secondo il quale, a far data dal 16 ottobre dello stesso anno, tutte le comunicazioni da effettuare al ROC da parte degli operatori iscritti o

Nell'ottica di una maggiore efficienza della pubblica amministrazione, i Co.Re.Com., attraverso i propri uffici, provvedono a pubblicare sui propri siti istituzionali⁶⁵, tutte le informazioni utili per orientare gli operatori nella prima fase di compilazione e nella redazione dei modelli allegati alla domanda, fornendo anche un'attività di sostegno telefonico agli stessi.

3.2. *Misure di sostegno*

La concessione del contributo è stata introdotta dalla legge 448/98, alla quale ha fatto seguito l'emanazione di un Bando sulla base del Decreto ministeriale 292/2004⁶⁶. La procedura istruttoria finalizzata a definire/proporre una graduatoria delle emittenti da coloro i quali volessero beneficiare dei contributi previsti dalla legge 23 dicembre 1998, n. 448, art. 45, comma 3 (all. 6) rappresentava certamente la più rilevante tra quelle non riferibili alle regioni o all'Autorità, costituendo un sostegno economico per le imprese radiotelesive⁶⁷.

I Co.Re.Com. erano competenti a ricevere le domande, ad effettuare l'istruttoria e a svolgere nello specifico controlli di natura documentale di varia natura (tra questi: verifica del possesso dei titoli concessori/autorizzatori; controlli sul personale dipendente applicato allo svolgimento dell'attività televisiva; verifiche sulle regolarità contributive dell'impresa; verifica della media dei fatturati, d.m. 292/2004). La graduatoria veniva, dunque, approvata e trasmessa al Ministero dello Sviluppo Economico cui competeva l'erogazione del contributo, dopo aver ripartito su base regionale le risorse stanziare a livello nazionale⁶⁸. Entro trenta giorni dalla loro approvazione, i comitati regionali provvedevano a comunicare le graduatorie al Ministero e, contestualmente, a renderle pubbliche, indicando analiticamente i punteggi relativi a ciascun elemento di valutazione⁶⁹.

Da tempo si è posta la necessità di una rivisitazione dei meccanismi volti all'attribuzione dei contributi all'emittenza locale. L'intervento del legislatore naziona-

iscriventi, al di fuori della richiesta di certificazione, devono essere effettuate attraverso i servizi telematici esposti nella sezione dedicata all'indirizzo <http://www.impresainungiorno.gov.it> (Relazione del Co.Re.Com. Abruzzo sull'attività svolta per l'anno 2014, 30).

⁶⁵ Non esiste per tutti i Comitati regionali un sito esclusivamente loro dedicato, essendo per alcuni di essi, inserito *sic et simpliciter*, all'interno di una sezione del portale istituzionale della regione di appartenenza. Per la consultazione dei siti istituzionali si rimanda al sito: www.corecomitalia.it.

⁶⁶ *Contributi alle emittenti televisive locali*, in www.sviluppoeconomico.gov.it.

⁶⁷ *Studio economico del settore televisivo privato italiano*, a cura di Confindustria Radio Televisioni, 2016, in www.confindustriaradiotv.it, 43.

⁶⁸ Relazione del Co.Re.Com. Lazio sull'attività svolta per l'anno 2013, 14.

⁶⁹ D.m. 5 novembre 2004, n. 292, «Nuovo regolamento per il rilascio dei contributi alle emittenti televisive locali» (art. 5, c. 1).

le⁷⁰ ha quindi trovato attuazione nella stesura di un nuovo regolamento recante norme per la concessione dei benefici previsti dall'art. 45, comma 3, della legge 23 dicembre 1998, n. 448⁷¹. Il nuovo regolamento individua come unica amministrazione responsabile del procedimento il Ministero dello sviluppo economico (Mise), sostituendo i ruoli precedentemente svolti dalla Presidenza del Consiglio e dai Co.Re.Com. La vera novità rispetto alla disciplina precedente è lo "sbarramento all'ingresso": il d.P.R. prevede, infatti, nuovi requisiti necessari alla presentazione della domanda. La sussistenza di requisiti di ammissibilità delle domande e criteri di assegnazione dei contributi è ora affidata alle dichiarazioni degli emittenti. Di talché, a seguito di dichiarazioni false e mendaci la normativa prevede la revoca del contributo, con la restituzione integrale del medesimo qualora già erogato⁷².

3.3. *Vigilanza e monitoraggio sulle emittenti radiotelevisive locali*

Il monitoraggio delle trasmissioni radiotelevisive è uno dei compiti che la legge n. 249 del 31 luglio del 1997 all'articolo 1, comma 6, lettera b, n. 13, attribuisce all'Autorità. Le modalità operative del monitoraggio sono le seguenti: for-

⁷⁰ Il mercato locale è quindi peggiorato in seguito allo *switch off* e l'evoluzione futura è soggetta a diverse incognite, prima fra tutte la questione dei contributi statali, non ancora chiarita, che è stata e resta un sostegno fondamentale e un'ancora di salvezza per le emittenti, anche a fronte di un calo dell'*audience* e di conseguenza degli introiti pubblicitari» (M. Roffi, in *Come cambiano le TV locali a seguito dello switch off. Rapporto di ricerca a cura della «Fondazione di ricerca Istituto Carlo Cattaneo» per il Co.Re.Com. Emilia Romagna*, 2012, 119).

⁷¹ Il nuovo regolamento intende superare le problematiche emerse dall'applicazione della precedente normativa, in particolare, per quanto concerne le emittenti televisive, quelle derivanti dalla complessità dell'istruttoria finalizzata all'emanazione delle graduatorie regionali, che hanno determinato significativi rallentamenti dell'*iter* di valutazione delle istanze di contributi, con conseguente ritardo nell'erogazione degli stessi avvenuta sempre in annualità successive a quelle di adozione dell'impegno di spesa da parte del Ministero. Con il nuovo Regolamento si intende superare le suddette criticità anche mediante: a) la costituzione di una graduatoria unica a livello nazionale sia per le emittenti radiofoniche sia per quelle televisive; b) l'individuazione di un unico soggetto decisore, ovvero il Ministero dello Sviluppo economico, quale unica amministrazione responsabile della determinazione della graduatoria finale; c) la definizione di criteri di attribuzione dei benefici univoci per le emittenti radiofoniche e televisive, nell'ottica di valorizzare la qualità dei contenuti editoriali forniti; d) la semplificazione della procedura di domanda e di valutazione delle istanze, attraverso una maggiore informatizzazione della procedura amministrativa. Previste altresì cause di esclusione dei contributi; i requisiti per accedere ai contributi; la previsione di requisiti di accesso e di regole di erogazione dei contributi diretti quanto più possibile omogenei e uniformi per le diverse tipologie di imprese destinatarie (l. 26 ottobre 2016, n. 198, «Istituzione del Fondo per il pluralismo e l'innovazione dell'informazione...» pubblicata in Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 255 del 31 ottobre 2016).

⁷² *Radio e tv locali, contributi: cosa cambia rispetto ad oggi*, in *www.newsline.com*. La distribuzione geografica delle misure di sostegno nei 17 anni di applicazione del D.M. 292/2004 ha privilegiato i bacini di Veneto, Puglia e Lombardia che, assieme a Sicilia e Campania, raccoglievano ben il 60% dei contributi per le emittenti tv locali. Con l'entrata in vigore della nuova disciplina, si attende un cambiamento della situazione per l'effetto della graduatoria su base nazionale e i criteri di assegnazione auspicabilmente più meritocratici. Questi ultimi, in particolare, dovrebbero servire a garantire un supporto economico maggiore per quelle emittenti, sia radio che tv, che effettivamente offrono servizi di informazione affidandosi a professionisti qualificati (*Radio e tv locali, contributi: cosa cambia rispetto ad oggi*, in *www.newsline.com*).

nitura dei dati di monitoraggio; analisi dei dati raccolti dai centri di rilevazione e relativa elaborazione; redazione di documenti finalizzati all'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo⁷³; attività istruttoria finalizzata all'eventuale adozione di provvedimenti sanzionatori da parte dell'AG.Com. in caso di violazioni della normativa vigente (d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177)⁷⁴.

L'attività di vigilanza sull'emesso televisivo locale⁷⁵ segue le «linee guida relative all'attribuzione delle deleghe in materia di monitoraggio dell'emittenza televisiva e di vigilanza in materia di sondaggi diffusi sui mezzi di comunicazione locali, compresi i sondaggi politici ed elettorali» (delibera 623/07/CONS) e prevede la verifica di conformità alla vigente disciplina nonché l'accertamento, lo svolgimento dell'istruttoria e la trasmissione della relazione della sua chiusura operando nelle seguenti macroaree: pluralismo socio-culturale e pluralismo politico-istituzionale⁷⁶; «obblighi di programmazione», relativa al rispetto da parte delle emittenti di tutti gli obblighi in tema di programmazione⁷⁷; «pubblicità», con riferimento alla trasmissione dei messaggi pubblicitari, in particolare, con riguardo all'affollamento, al posizionamento e ai divieti; area «tutela dei minori» e «garanzia dell'utenza», relativa al rispetto da parte delle emittenti delle disposi-

⁷³ *Monitoraggio televisivo e radiofonico*, disponibile al sito: www.agcom.it.

⁷⁴ L'Autorità ha storicamente richiesto che l'attività dovesse essere svolta con il supporto di risorse qualificate e, tenuto conto della complessità e della tecnicità della funzione oggetto della delega anche i Co.Re. Com., nell'impossibilità di svolgere da sole la funzione, hanno proceduto alla stipula di apposite convenzioni con enti esterni o all'adozione di altre soluzioni, a cui è seguita, in alcuni casi, l'esternalizzazione della parte più gravosa della delega, vale a dire la rilevazione/valutazione sulle trasmissioni delle emittenti televisive locali e sulle trasmissioni del TGR (v. Relazione del Co.Re.Com. Lazio sull'attività svolta per l'anno 2013, 11); analogamente Co.Re.Com. Abruzzo (si veda Relazione del Co.Re.Com. Abruzzo sull'attività svolta per l'anno 2014, 40). Altre volte invece è stato necessario provvedere a procedure di implementazione di personale (si veda Relazione del Co.Re.Com. Marche sull'attività svolta per l'anno 2014, 23).

⁷⁵ Nella prassi opererebbe non già per tutte le emittenti radiotelevisive operanti all'interno del perimetro regionale, ma nei confronti della concessionaria del servizio pubblico regionale e nei confronti di emittenti locali campionate a sorteggio e per la durata di 7 giorni consecutivi (nel rispetto delle linee guida dell'AG.Com., che attualmente prevedono una sessione di monitoraggio l'anno, su campione e per la durata di un periodo circoscritto, talvolta 7 giorni e per un solo periodo, altre volte anche più periodi in un anno), per un solo periodo o per più periodi nell'anno.

⁷⁶ ⁷⁶ Si segue l'osservanza della legge 10 dicembre 1993, n. 515, e della legge 22 febbraio 2000, n. 28, nonché del decreto del Ministro delle comunicazioni 9 aprile 2004 (Disciplina della "par condicio", disponibile al sito: www.agcom.it).

⁷⁷ Tenuta del registro dei programmi (delibera AG.Com. 54/03/CONS e l. 223/90 art. 20, comma 4); registrazione della programmazione e conservazione delle registrazioni per almeno 3 mesi successivi alla data di trasmissione dei programmi (l. 223/90 art. 20, comma 5); trasmissione di programmi per almeno 12 ore giornaliere e per non meno di 90 ore settimanali (delibera AG.Com. 78/98/CONS); conformazione della programmazione alla tipologia di emittente; esposizione del marchio/logo; divieto di trasmissione dalle ore 7:00 alle ore 24:00 programmi di promozione di servizi interattivi con numerazione telefonica a sovrapprezzo (delibera AG.Com. 538/01/CSP); divieto di trasmissione di scene pornografiche (d.lgs. 177/2005, art. 4); divieto di diffusione di programmi che per contenuti o scene risultino lesivi della dignità della persona (d.lg. 177/2005, art. 4); diffusione del medesimo contenuto su tutto il territorio (d.lgs. 177/2005, art. 26); rispetto della normativa dell'interconnessione (d.lgs. 177/2005, art. 29).

zioni legislative in materia, i codici dedicati (TV e Minori, Media e Sport e Rappresentazioni vicende giudiziarie)⁷⁸, nonché la delibera 23/07/CPS, in riferimento al divieto di trasmettere programmi che presentano scene pornografiche. In tema di “garanzia dell’utenza” si seguono le disposizioni di cui all’art. 4 del t.u. della radiotelevisione.

Gli esiti del monitoraggio hanno determinato proposte di sanzione relativamente a tutte e 4 le macro aree⁷⁹.

3.4. *Vigilanza sulla Par Condicio*

L’attività di controllo dei Co.Re.Com. sul rispetto della normativa in materia di *Par condicio*⁸⁰ ha riguardato procedimenti di contestazione, avviati d’ufficio o su istanza di parte (su segnalazione) e riferiti non solo all’emittenza televisiva. L’attività di monitoraggio verso l’emittenza televisiva si è quindi realizzata in una fase ulteriore durante i periodi di competizione elettorale o referendaria, volta al rispetto del pluralismo. Questa fase di lavoro è stata svolta attraverso un’attività di osservazione in tempo reale al fine di consentire un intervento di *moral suasion* in tempi utili o perché vi si potesse porre rimedio o a contestazioni nel caso di reiterate violazioni. Il monitoraggio ha riguardato sia le emittenti televisive locali, sia la RAI regionale, testate giornalistiche *on line* e cartacee. In qualche caso l’ufficio, inoltre, ha assicurato una costante attività di consulenza telefonica per tutto il periodo delle campagne elettorali, non solo nei confronti delle emittenti, ma anche nei confronti dei soggetti politici⁸¹. Anche presente l’attività informativa, attraverso l’emissione di comunicati stampa e direttamente l’aggiornamento dei siti dedicati in occasione delle principali scadenze⁸².

⁷⁸ Monitoraggio tv locali, disponibile al sito: www.corecomitalia.it.

⁷⁹ Il continuo aggiornamento necessario alla conoscenza delle regole del sistema, spesso troppo complesso, determina spesso una sanzione o una proposta di sanzione per quasi tutte le emittenti monitorate (Relazione del Co.Re.Com. Lombardia sull’attività svolta per l’anno 2013, 78), che renderebbe opportuno percorrere degli strumenti alternativi alla sanzione, posta l’inefficacia della stessa (Relazione del Co.Re.Com. Abruzzo sull’attività svolta per l’anno 2014, 33).

⁸⁰ La l. n. 249 del 1997 e il d.lg. 31 luglio 2005, n. 177 (t.u. della radiotelevisione) individuano nella tutela del pluralismo uno dei compiti principali dell’Autorità nel settore radiotelevisivo. Si devono inoltre seguire la legge 10 dicembre 1993, n. 515, e la legge 22 febbraio 2000, n. 28, come modificata dalla legge 6 novembre 2003, n. 313, e il decreto del Ministro delle comunicazioni 8 aprile 2004, che emana il Codice di autoregolamentazione per l’emittenza radiotelevisiva locale (Disciplina della “par condicio”, disponibile al sito: www.agcom.it).

⁸¹ Relazione del Co.Re.Com. Calabria sull’attività svolta per l’anno 2014, 60 ss.

⁸² Relazione del Co.Re.Com. Friuli Venezia Giulia sull’attività svolta per l’anno 2015, 5.

3.5. *I messaggi autogestiti gratuiti*

La disciplina dei messaggi autogestiti gratuiti (MAG) è contenuta nella l. 22 febbraio 2000, n. 28, e nel d.m. 8 aprile 2004.⁸³ La gestione comprende la rendicontazione dei rimborsi spettanti alle emittenti sulla base del numero di messaggi andati in onda⁸⁴. In tale ambito, il Co.Re.Com. svolge un ruolo di raccordo fra emittenti radiotelevisive locali, soggetti politici, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Ministero delle Comunicazioni che invece svolge compiti di istruttoria e coordinamento per la trasmissione dei MAG attraverso le seguenti attività procedurali: raccolta delle offerte delle emittenti locali interessate a mettere a disposizione dei soggetti politici i propri spazi di comunicazione; raccolta delle richieste dei soggetti politici interessati alla messa in onda di messaggi elettorali sulle emittenti radiotelevisive locali; espletamento della procedura di sorteggio per determinare l'ordine di uscita dei messaggi elettorali negli spazi-contenitore offerti dalle emittenti per le giornate di programmazione; assistenza e consulenza ai soggetti politici, sia telefonicamente che via e-mail, per il periodo interessato dalla campagna elettorale; raccolta delle attestazioni sottoscritte congiuntamente dal soggetto politico e dall'emittente, circa la dichiarazione del numero degli spazi effettivamente utilizzati dai soggetti politici; verifica della validità e completezza delle dichiarazioni; predisposizione della deliberazione che stabilisce i rimborsi spettanti alle emittenti quale corrispettivo per la messa in onda dei messaggi⁸⁵.

⁸³ Le emittenti che accettano di trasmettere gratuitamente messaggi autogestiti hanno diritto ad un rimborso da parte dello Stato che viene definito con decreto del Ministro delle comunicazioni di concerto con il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica (art. 4, c. 5, l. 22 febbraio 2000, n. 28, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 43 del 22 febbraio 2000 «Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica»). La trasmissione dei messaggi autogestiti di cui al comma 3 è obbligatoria per la concessionaria pubblica, che provvede a mettere a disposizione dei richiedenti le strutture tecniche necessarie per la realizzazione dei predetti messaggi. Il Ministro delle comunicazioni di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica definisce con decreto, entro il 31 gennaio di ogni anno, il rimborso spettante alle emittenti televisive e radiofoniche. Entro il primo trimestre dell'anno successivo a quello di riferimento i fondi vengono trasferiti dal Ministero dello sviluppo economico ai Co.Re.Com., con riserva di almeno un terzo della somma complessiva annualmente stanziata alle emittenti radiofoniche (*Lo stato di salute delle tv locali in Veneto nel nuovo scenario digitale e impatto sul sistema audiovisivo regionale. Progetto di ricerca dell'Istituto di Economia dei Media della Fondazione Rosselli per il Co.Re.Com. Veneto. Report finale*, 2013, 126).

⁸⁴ *Lo stato di salute delle tv locali in Veneto nel nuovo scenario digitale e impatto sul sistema audiovisivo regionale. Progetto di ricerca dell'Istituto di Economia dei Media della Fondazione Rosselli per il Co.Re.Com. Veneto. Report finale*, 2013, 56.

⁸⁵ Relazione del Co.Re.Com. Marche sull'attività svolta per l'anno 2014, 11 e 12.

3.6. Sondaggi

La materia segue il contenuto dalla delibera dell'Autorità 623/07/CONS recante l'approvazione delle linee guida relative all'attribuzione delle deleghe in materia di monitoraggio dell'emittenza, nonché l'allegato A alla delibera n. 256/10/CSP del 9 dicembre 2010 dell'AG.Com.⁸⁶.

A seguito della delega, tali organismi hanno svolto l'attività attraverso il monitoraggio d'ufficio e sulla base delle segnalazioni da parte di utenti, associazioni e organizzazioni, operando la verifica sulla completezza e la correttezza della nota informativa e del documento relativi ai sondaggi e sulla contestualità fra la diffusione dei risultati e l'invio del documento completo alle autorità di vigilanza nazionali⁸⁷. I consuntivi relativi all'attività dei Comitati, che si è articolata soprattutto attraverso il monitoraggio nell'ambito della campagna elettorale dei notiziari, dei programmi di informazione e delle specifiche iniziative di carattere elettorale, solo in pochi e determinati casi ha fatto riscontrare violazioni, come conseguenza dell'assenza di riscontro di criticità, nonché per l'assenza di segnalazioni pervenute sul territorio.

3.7. Diritto di rettifica con riferimento al settore radiotelevisivo locale

Il diritto di rettifica (*ex art. 10, c. 3 e 4 legge n. 223/90 e succ. art. 32 D.lgs. n. 177/2005*)⁸⁸ consiste nella facoltà da parte dei soggetti di cui siano state diffuse immagini o ai quali siano stati attribuiti atti, pensieri, affermazioni, dichiarazioni, contrari a verità, di richiedere al concessionario privato o alla concessionaria pubblica la diffusione di proprie dichiarazioni di replica, in condizioni paritarie rispetto alle notizie pubblicate⁸⁹. Il diritto ha trovato legittimazione prima

⁸⁶ Il nuovo regolamento in materia di sondaggi (allegato A alla delibera n. 256/10/CSP) si applica ai sondaggi d'opinione e ai sondaggi politici ed elettorali pubblicati o diffusi sui mezzi di comunicazione di massa nell'ambito di un servizio di media audiovisivo o radiofonico ovvero di edizioni cartacee o elettroniche di quotidiani o periodici (art. 2 l. ult. cit.) e prescrive precise modalità di pubblicazione o diffusione (art. 3 l. ult. cit.), nonché la presenza della c.d. "nota informativa" (art. 8 l. ult. cit.).

⁸⁷ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Liguria per l'anno 2013, 35.

⁸⁸ Si segnala una scarsa utilizzazione dell'istituto in esame, le cui cause trovano riscontro nella forbice che si determina tra un'informazione per sua natura sempre corretta o che si auto-corregge su impulso, segnando l'inconvenienza dell'intervento dell'Autorità, piuttosto che nella mancata conoscenza dei meccanismi applicativi della legge. La prima di esse, in particolare, è ravvisabile nella limitata applicabilità dello strumento: riferibile al solo settore radiotelevisivo; poi c'è la disinformazione diffusa: ad oggi per lo più i soli operatori del settore conoscono i Co.Re.Com. e le sue funzioni; ad ultimo lo scetticismo sulla funzione realmente riparatoria dello strumento, posto che il pregiudizio subito resta come tale ineliminabile.

⁸⁹ www.corecomitalia.it.

nell'art. 10, commi 3 e 4 della l. n. 223/90 e quindi nel d.lg. 31 luglio 2005, n. 177, che lo ha abrogato⁹⁰.

I Co.Re.Com., in virtù delle deleghe di II fase e degli accordi stipulati con l'AG.Com., hanno competenza per la sola radiotelevisione locale (emittenti private e rai regionale), con la conseguenza che tutte le istanze di rettifica riguardanti il settore della carta stampata saranno considerate inammissibili⁹¹. La procedura, in particolare, viene svolta dai Co.Re.Com. gratuitamente e in tempi brevi (a garanzia dell'efficacia della procedura)⁹². L'eventuale mancata, incompleta o tardiva osservanza dell'obbligo (inottemperanza), conseguente alla verifica della fondatezza della richiesta da parte del Co.Re.Com., comporta la trasmissione da parte di quest'ultima della relativa documentazione all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la quale può decidere l'erogazione di sanzioni ai sensi della delibera dell'Autorità n. 136/06/CONS e successive modifiche ed integrazioni⁹³. Tra gli altri compiti di cui sono investiti i Co.Re.Com vi rientra il controllo della pubblicità. Il suo svolgimento da parte dei soggetti pubblici rappresenta una facoltà della P.A., espressione del principio di trasparenza amministrativa. Si tratta quindi di uno strumento facoltativo che però, se utilizzato, deve conformarsi a specifiche prescrizioni. La verifica del rispetto⁹⁴ spetta ad AG.Com., in collaborazione con i Co.Re.Com., competenti per le infrazioni commesse nel perimetro di propria competenza (AG.Com. circolare n. 10345 del 14 marzo 2006)⁹⁵.

⁹⁰ Essa investe le modalità d'esercizio dell'attività d'informazione, che trovano specifico riferimento normativo primario nell'art. 7, comma 2, lett. a), del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici di cui al decreto legislativo n. 177 del 2005, per il quale «[...] la disciplina dell'informazione radiotelevisiva, comunque, garantisce: a) la presentazione veritiera dei fatti e degli avvenimenti, in modo tale da favorire la libera formazione delle opinioni [...]».

⁹¹ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Marche per l'anno 2014, 12.

⁹² Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Liguria per l'anno 2013, 36.

⁹³ Legislatura 16 Risposta ad interrogazione scritta n. 4-07512, a firma del Sottosegretario di Stato per lo sviluppo economico VARI, disponibile al sito: www.senato.it; analogamente Co.Re.Com. Puglia, Relazione annuale sulle attività svolte, 2015, 34.

⁹⁴ Una prima regolamentazione della pubblicità istituzionale è stata prevista in riferimento alla carta stampata ed è contenuta nella l. n. 67/1987. La disciplina è contenuta principalmente nel Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, cd. TUSMAR (d.lg. 31 luglio 2005, n. 177, e successive modifiche), che all'art. 41 regola la destinazione della pubblicità di amministrazioni ed enti pubblici. Il legislatore non ha previsto sanzioni specifiche in ipotesi di violazione del divieto in esame. L'art. 10 disciplina, in generale, le violazioni alla l. n. 28/2000, individuando le competenze, la procedura per rilevarle ed i provvedimenti riparatori.

⁹⁵ Co.Re.Com. Emilia Romagna, *La pubblicità istituzionale dei soggetti pubblici*, a cura di S. Miconi, 2014, 53 e 54.

4. *Le ulteriori funzioni delegate: le deleghe dell'AG.Com. in materia di telecomunicazioni*

4.1. *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*

Tra le funzioni delegate ai Co.Re.Com., preliminarmente, si fa menzione del tentativo obbligatorio di conciliazione, il quale rappresenta uno degli strumenti di maggiore impatto in termini di servizi resi al cittadino e di impiego di risorse umane oltre che economiche⁹⁶. L'attività è strutturata sul modello dell'*Alternative Dispute Resolution* (ADR) di matrice anglosassone, e si sostanzia in una forma di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra utenti e gestori/operatori dei servizi di telecomunicazioni (telefonia, internet, pay-tv, etc.)⁹⁷, senza che questo comporti alcun costo per il cittadino⁹⁸.

La procedura di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti è regolata dalla delibera n. 173/07/CONS, come successivamente modificata⁹⁹. Nell'udienza di conciliazione il conciliatore illustra la procedura,

⁹⁶ Negli ultimi anni si è registrato un aumento delle istanze di conciliazione, le cui cause vanno spiegate nella gratuità del procedimento; nella diffusione della conoscenza dello strumento quale effetto del progressivo radicamento dei Co.Re.Com. sul territorio; nella "dematerializzazione". Non in ultimo la videoconferenza, essenziale soprattutto nelle regioni caratterizzate da vie di comunicazione deficitarie e/o con particolare impronta orografica. La difficoltà nel raggiungere la sede del Co.Re.Com. è stata inoltre superata attraverso la gestione di un più efficiente sistema di assistenza telefonica (e anche nella realizzazione del numero verde dedicato alla conciliazione). L'aumento delle istanze di conciliazione negli ultimi anni ha determinato un naturale e proporzionale aumento del numero di udienze, compensato negativamente dal grosso carico di contenzioso in liti temerarie e/o di scarso valore; dall'utilizzo improprio dello strumento dell'istanza di conciliazione, naturalmente successiva al reclamo, ma spesso confusa con essa; dalla peculiare distribuzione della provenienza delle istanze di conciliazione, tale da evidenziare un più scarso utilizzo della procedura per i cittadini lontani dalla sede del Co.Re.Com. Tra le criticità si evidenzia inoltre l'assenza pressoché costante di taluni gestori telefonici e/o di altri servizi di telecomunicazioni ai tavoli di conciliazione, aspetto di cui i Co.Re.Com. ormai sono ampiamente edotti e che determina il passaggio alla fase di definizione della controversia, con conseguenti lungaggini processuali che ingolfano la macchina amministrativa dei Co.Re.Com. determinando ulteriori carichi d'attesa per l'utente e altre inefficienze.

⁹⁷ *Controversie TLC*. Disponibile al sito: www.corecomitalia.it. Nel corso del 2009 i Co.Re.Com. italiani hanno ricevuto complessivamente oltre 43.000 istanze di conciliazione e nel 60% delle udienze svolte è stato raggiunto un accordo tra le parti (www.corecomitalia.it).

⁹⁸ Il cittadino non paga alcun contributo all'Autorità per la presentazione dell'istanza, né ha l'obbligo di essere assistito da un legale o da una associazione di consumatori, e laddove invece siano rappresentati da questi soggetti gli "onorari" non possono essere oggetto di rimborso nell'ambito del procedimento conciliativo (Relazione del Co.Re.Com. Campania sull'attività svolta per l'anno 2014, 2). La procedura presso il Co.Re.Com. è l'unica completamente gratuita (rappresentando per i cittadini un valido sostegno, non solo a livello burocratico) e il verbale di conciliazione ha valore immediatamente esecutivo. Essa sostanzia una tutela ampia per il cittadino, intervenendo in quelle cause di modico valore nelle quali sarebbe svantaggioso andare ad istaurare una causa civile, ottenendo così una rapida giustizia in sede alternativa rispetto alle aule dei giudici (togati o onorari che siano) (Relazione del Co.Re.Com. Piemonte sull'attività svolta per l'anno 2013, 31).

⁹⁹ L'Autorità ha di recente approvato il nuovo Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di contratti relativi alla fornitura di beni e servizi di comunicazioni elettroniche (delibera n. 519/15/CONS). L'Autorità ha inoltre deciso di aggregare le denunce per problematica segnalata ed è stato predisposto un sistema più puntuale di interrogazione delle informazioni che renderà più agevole e tempestiva l'individuazione

mentre il ricorrente è invitato ad esporre i fatti e ad avanzare eventuali richieste a chiusura della controversia. L'udienza si conclude, infine, con la stesura del verbale di accordo e la sua sottoscrizione da parte dei presenti. Il gestore ha la possibilità di fare una proposta. Dal verbale ne deriverà l'accordo (esito positivo), o il mancato accordo (esito negativo) oppure il rinvio a nuova udienza¹⁰⁰. Il mancato esperimento del tentativo di conciliazione dinanzi al Co.Re.Com. competente per territorio, ovvero dinanzi agli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie determina l'improcedibilità del ricorso in sede giurisdizionale¹⁰¹. Nel procedimento di conciliazione non può essere richiesto il risarcimento, ma soltanto gli eventuali indennizzi previsti dal contratto e dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità¹⁰². Il ricorso agli organismi di risoluzione giurisdizionale della controversia¹⁰³ rimane l'unica alternativa possibile laddove il Co.Re.Com. competente per territorio sia sprovvisto di delega a svolgere la funzione conciliativa¹⁰⁴. Pertanto, ad essa si rivolgono non solo privati, ma anche aziende o enti¹⁰⁵ qualora quest'ultimi abbiano esigenza di tutelare i propri diritti in materia di servizi di comunicazioni elettroniche¹⁰⁶. Il Co.Re.Com., dunque, svolge la funzione di "mediatore di interessi", facilitando l'incontro tra le parti, e, così, cercando di giungere ad una pacifica soluzione conciliativa. La finalità ultima dell'attività di conciliazione è, dunque, quella di consentire il raggiungimento di un'equità sostanziale qualora ci si trovi alla presenza di due soggetti, il cittadino-utente e la società di telecomunicazioni, in posizioni di partenza sbilanciate¹⁰⁷.

zione delle problematiche emergenti e maggiormente efficace l'azione di vigilanza (AG.Com., Relazione annuale 2016 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, 2016, 37).

¹⁰⁰ *Faq.* disponibile al sito: www.corecom.lombardia.it.

¹⁰¹ Reg. in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, allegato A, art. 13.

¹⁰² www.corecomitalia.it.

¹⁰³ Si tratta delle camere di conciliazione istituite presso le Camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura, previa stipula di apposito protocollo di intesa tra Unioncamere e l'Autorità; gli organismi istituiti con accordi tra gli operatori ed associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, purché detti organismi operino nel rispetto dei principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione n. 2001/310/CE; gli organismi di mediazione di cui all'articolo 16, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, cui l'Autorità abbia stipulato eccezionalmente apposita convenzione (Reg. in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, allegato A, art. 13).

¹⁰⁴ Reg. in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, allegato A, art. 13.

¹⁰⁵ A titolo esemplificativo il Co.Re.Com. Piemonte parla del Comitato locale della Croce Rossa Italiana e una ASL quali enti che hanno utilizzato il servizio (Relazione del Co.Re.Com. Piemonte sull'attività svolta per l'anno 2014, 39).

¹⁰⁶ Relazione del Co.Re.Com. Campania sull'attività svolta per l'anno 2015, 3.

¹⁰⁷ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Liguria per l'anno 2013, 27.

4.2. *Provvedimenti temporanei*

La competenza ad adottare provvedimenti temporanei¹⁰⁸, per garantire l'erogazione del servizio o per far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento, rientra tra quelle delegate da parte dell'AG.Com. in favore di alcuni Co.Re.Com. presenti nell'ambito del territorio nazionale, svolgendo attività di conciliazione e di informazione al pubblico (cui si accede attraverso il numero verde), così come regolata dall'art. 5 della delibera 173/07/CONS, allegato A. Il Co.Re.Com. verifica l'ammissibilità della richiesta e la trasmette all'ente gestore, che ha cinque giorni di tempo per presentare eventuali memorie e documentazioni. Entro 10 giorni dal ricevimento della richiesta, il Co.Re.Com. adotta il provvedimento temporaneo oppure rigetta la richiesta. Nel corso del procedimento possono essere richiesti atti ed informazioni anche ad operatori terzi che risultino coinvolti nella controversia. Nel caso in cui risulti che la sospensione o l'abuso dipendano dal comportamento di un operatore diverso da quello citato nell'istanza, il Co.Re.Com. può estendere, su impulso anche preventivo dell'utente, il procedimento nei confronti del suddetto operatore.

Gli operatori interessati eseguono i provvedimenti adottati entro il termine in essi indicato e, contestualmente, rendono comunicazione delle attività espletate al responsabile del procedimento. In caso di inottemperanza ai predetti obblighi il Co.Re.Com. competente informa tempestivamente la Direzione, comunicando gli esiti delle verifiche svolte. Il contravventore è punito ai sensi dell'articolo 1, comma 31, della legge istitutiva dell'AG.Com. (l. 31 luglio 1997, n. 249). I provvedimenti temporanei vengono adottati direttamente dall'Autorità, nel caso in cui il Co.Re.Com. competente per territorio non sia titolare della delega a svolgere l'attività conciliativa di competenza dell'Autorità¹⁰⁹, discendendo in via principale dal mancato riscontro dell'operatore alla richiesta del Co.Re.Com. di fornire memoria e/o documentazione circa l'istanza dell'utente di cui all'articolo 5 comma 3 del Regolamento. Parimenti, in taluni casi, si è verificato che il provvedimento temporaneo è stato adottato in quanto l'operatore ha fornito delle risposte generiche, annoverate in una forma "ciclostilata"¹¹⁰. Tra le fattispecie che hanno dato luogo a istanze al Co.Re.Com. per provvedimenti temporanei, si annoverano: migrazione dell'utenza da un operatore ad un altro; sospensione del servizio voce o ADSL; guasti del servizio voce o ADSL.

¹⁰⁸ L'attività risulta al 2017 delegata a gran parte dei Co.Re.Com. presenti nell'ambito del territorio nazionale, riscontrandosi altresì una coincidenza rispetto ai Co.Re.Com. cui è delegato il tentativo di conciliazione.

¹⁰⁹ Reg. in materia di procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, allegato A, art. 5.

¹¹⁰ Relazione del Co.Re.Com. Liguria sull'attività svolta per l'anno 2013, 34, nota 13.

4.3. Definizione delle controversie

L'intervento a tutela dell'utenza si esplica anche attraverso un'azione di prevenzione e composizione dei conflitti tra i consumatori e gli operatori¹¹¹. Tale attività viene svolta sia dall'Autorità garante, che, a livello decentrato, dai Co.Re.Com.¹¹². Il meccanismo di definizione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed utenti, approvato con delibera n. 173/07/CONS, allegato A, è disciplinato ai sensi degli art. 14 ss. Sottoposte all'attenzione del Co.Re.Com. attraverso le istanze di definizione¹¹³ risultano anche, per particolare frequenza e complessità, le contestazioni relative a problemi nell'espletamento delle procedure di migrazione. Sempre più spesso tali istanze rendono necessari approfondimenti istruttori, con il coinvolgimento di operatori terzi che hanno avuto un ruolo nelle procedure di migrazione¹¹⁴. Frequenti sono le contestazioni relative a traffico dati non riconosciuto (anche in *roaming* internazionale), ai ritardi nell'attivazione dei servizi o al trasloco delle linee, all'attivazione di servizi non richiesti (specie nel caso di contratti a distanza), al mancato riconoscimento del credito telefonico derivante da autoricarica, all'applicazione di profili tariffari diversi da quelli contrattualmente previsti, alla disattivazione di servizi compresi nell'offerta acquistata dall'utente, a irregolarità nelle fatturazioni e alla mancata risposta ai reclami, all'attivazione di servizi (originariamente richiesta mediante *vocal order*) nonostante il tempestivo esercizio del diritto di ripensamento da parte dell'utente¹¹⁵.

In caso di inadempimento al provvedimento, il Co.Re.Com. non ha altra possibilità che segnalare tale condotta del gestore all'Autorità ai fini dell'eventuale irrogazione di sanzioni, atteso che il provvedimento non riveste efficacia di titolo esecutivo¹¹⁶. Si arriva così al paradosso che l'utente, in sostanza, rima-

¹¹¹ Si tratta di una delega particolarmente importante, costituendo la seconda fase del procedimento di conciliazione nei contenziosi tra utenti e gestori di telefonia mobile e fissa.

¹¹² Relazione sull'attività svolta dall'AG.Com. per l'anno 2016, 146; l'attività non risulta essere delegata a tutti i Co.Re.Com. presenti nell'ambito del territorio nazionale, in particolare nota l'AG.Com. che «il Co.Re.Com. non ha ancora acquisito la delega a svolgere tale funzione per le Regioni di Valle d'Aosta, Campania, Sardegna e Veneto» (Relazione sull'attività svolta dall'AG.Com. per l'anno 2016, 42).

¹¹³ Le informazioni raccolte durante il 2015 evidenziano un elevato livello, peraltro in aumento, dell'efficacia dello strumento della conciliazione (AG.Com., Relazione annuale sull'attività svolta e svolta e sui programmi di lavoro, 2016, 146).

¹¹⁴ L'attività relativa alla delega è pesantemente condizionata dalla irrinunciabile necessità di evitare quanto più possibile che le controversie non vengano transatte e "vadano in definizione", anche a costo di uno slittamento dei tempi del procedimento. In tale ottica si spiega la scelta praticata dall'Ufficio di accogliere quasi sempre le richieste di rinvio di udienza da parte degli utenti per evitare che manchino l'incontro con l'operatore in udienza. La stessa *ratio* è alla base dei numerosi rinvii/aggiornamenti di udienze disposti per consentire approfondimenti di parte volti alla verifica della possibilità di transazione (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Toscana per l'anno 2014, 33 e 34).

¹¹⁵ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Lombardia per l'anno 2014, 63 e 64.

¹¹⁶ La mancata esecuzione dei verbali d'accordo da parte di alcuni gestori telefonici risulta costante negli anni. Ciò spinge gli utenti a rivolgersi ai Co.Re.Com. principalmente per stigmatizzare un comportamento

ne senza tutela alcuna, non potendo ottenere quanto di sua spettanza, in seguito ai controlli effettuati dall'Autorità amministrativa dei Co.Re.Com. Il consolidamento dell'esperienza maturata, distinguendosi per rapidità e gratuità, determina l'aumento del numero dei ricorsi, inteso come dato "fisiologico" da parte della migliore dottrina (Cassese)¹¹⁷.

5. *Funzioni proprie – le deleghe delle regioni in materia di radio-televisione*

5.1. *Diritto di accesso alle trasmissioni della concessionaria radiotelevisiva pubblica*

La legge 14 aprile 1975, n. 103, prevede la possibilità di accedere ai programmi RAI, a diffusione regionale, per svolgere attività di comunicazione attraverso le trasmissioni autogestite, che dovranno essere realizzate in modo autonomo o con il supporto tecnico, gratuito, della sede regionale della RAI. In particolare, la società concessionaria riserva, «[...] per apposite trasmissioni, tempi non inferiori al 5 per cento del totale delle ore di programmazione televisiva e al 3 per cento del totale delle ore di programmazione radiofonica [...]»¹¹⁸.

Le modalità di accesso alle trasmissioni televisive della RAI regionale sono state disciplinate dai Comitati regionali, attraverso propri regolamenti¹¹⁹ e proto-

poco corretto del gestore telefonico che, dopo essersi volontariamente obbligato a una prestazione con la conciliazione, non provvede a onorare l'obbligazione nei termini stabiliti, così come la cattiva gestione dei *call center*, una comunicazione non corretta e disfunzionale, unita alla non conoscenza della procedura del reclamo, porta l'utente a bypassare la fase del reclamo (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Liguria per l'anno 2013, 32). Permane, inoltre, il problema della presenza di un'alta percentuale di istanze che, pur risultando mal poste, vaghe, incomplete, incomprensibili nella descrizione dei fatti e nelle richieste, non possono, a rigore, dar luogo ad inammissibilità in fase istruttoria. La mancata comparizione alle udienze dei tentativi di conciliazione (spesso reiterata anche in udienza di definizione, di taluni gestori), fenomeno di cui l'Autorità è ormai ampiamente edotta e che determina visibili difficoltà tecniche nell'operato dei Co.Re.Com., influenza il maggior numero di istanze GU14 e GU5, generando, a cascata, importanti conseguenze in termini di aumento dei carichi di lavoro del personale dedicato. Un'alta problematica si pone in relazione all'efficacia dei provvedimenti decisori del Co.Re.Com. Accade infatti che alcuni gestori telefonici risultino inadempienti all'ordine dell'Autorità di dare esecuzione a quanto disposto a loro carico nei provvedimenti stessi. (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Toscana per l'anno 2013, 36).

¹¹⁷ A. La Spina, S. Cavatorto, *Le istituzioni politiche in Italia. Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008, 292 ss.

¹¹⁸ L. 14 aprile 1975, n. 103 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale 17 aprile 1975, n. 102) «Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva» (art. 6).

¹¹⁹ A titolo esemplificativo: nel IV trimestre del 2012 il Co.Re.Com. Friuli Venezia Giulia ha adottato il nuovo Regolamento che prevede il vincolo, da parte dei soggetti richiedenti gli spazi per le trasmissioni, di avere almeno una succursale o una sede operativa nella Regione Friuli Venezia Giulia (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Friuli Venezia Giulia per l'anno 2015, 4).

colli, stipulati con essa¹²⁰. Il Comitato delibera i piani trimestrali delle trasmissioni televisive e radiofoniche, ripartendo, tra i soggetti ammessi, il tempo effettivamente messo a loro disposizione; inoltre, svolge attività di vigilanza, sia sul rispetto degli impegni assunti dai soggetti ammessi all'accesso, che sull'esecuzione dei piani trimestrali approvati¹²¹.

5.2. *Vigilanza sull'inquinamento elettromagnetico a tutela dell'ambiente e della salute*

La materia è regolata attraverso la legge 22 febbraio 2001, n. 36, la cosiddetta «Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici» (Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 2001), la quale ha lo scopo di stabilirne i principi fondamentali: in *primis* la tutela della salute dei cittadini dall'esposizione a determinati livelli di campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici¹²², affiancando le competenze delle regioni a quelle dello Stato¹²³.

¹²⁰ Al fine di ottimizzare i tempi della procedura, il Protocollo stabilisce le modalità di registrazione dei programmi da parte dei richiedenti, dispone la regolarizzazione degli incontri per le registrazioni e fissa i criteri per garantire i diritti d'autore. La domanda di accesso radiotelevisivo, come sancito dal Regolamento per l'accesso radiofonico e televisivo regionale (approvato con propria delibera n. 5 del 25 febbraio 2010), integrato con le osservazioni della Sottocommissione per l'accesso (Nulla Osta n. 78/2010 e n. 251/2013) può essere presentata dai soggetti: «che hanno concreto esercizio dell'attività nel territorio della Regione, o la cui attività ha chiara rilevanza per la Regione» (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Calabria per l'anno 2015, 83). Il Co.Re.Com. Abruzzo ha scelto di destinare, in prima battuta, spazi televisivi gratuiti esclusivamente alle associazioni *no-profit*, grazie ad un accordo raggiunto nel 2013 tra il Co.Re.Com. Abruzzo e la RAI regionale, attraverso il quale sono state definite le modalità per l'utilizzo, da parte delle associazioni, senza scopo di lucro che operano in ambito sociale, sanitario, scientifico, culturale ed enogastronomico, uno spazio gratuito di 3 minuti ogni mercoledì dalle 9.00/9.30 circa (Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Abruzzo per l'anno 2014, 46). Dalle relazioni consuntive dei Co.Re.Com. presenti nell'ambito del territorio nazionale si riscontra un uso non uniforme del diritto tra le regioni in cui opera la delega. Le cause potrebbero sintetizzarsi in una mancata conoscenza di tale meccanismo di partecipazione o ancora nella complessità burocratica, che ne esclude un'efficacia immediata o quasi immediata, vanificandone in alcuni casi l'utilità.

¹²¹ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Emilia Romagna per l'anno 2014, 34.

¹²² Art. 1 della l. n. 36 del 2001.

¹²³ Art. 8 della l. n. 36 del 2001: «[...] a) l'esercizio delle funzioni relative all'individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti per radiodiffusione [...]; b) la definizione dei tracciati degli elettrodotti con tensione non superiore a 150 Kv [...]; c) le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti di cui al presente articolo, in conformità a criteri di semplificazione amministrativa, tenendo conto dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici preesistenti; d) la realizzazione e la gestione, in coordinamento con il catasto nazionale [...], di un catasto delle sorgenti fisse dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, al fine di rilevare i livelli dei campi stessi nel territorio regionale, con riferimento alle condizioni di esposizione della popolazione; e) l'individuazione degli strumenti e delle azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità [...]; f) il concorso all'approfondimento delle conoscenze scientifiche relative agli effetti per la salute, in particolare quelli a lungo termine, derivanti dall'esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici [...]. I comuni, invece, possono adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici».

Le funzioni di controllo e di vigilanza, sanitaria e ambientale, riguardano l'utilizzazione delle «[...] strutture delle Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, di cui al decreto-legge 4 dicembre 1993, n. 496, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 gennaio 1994, n. 61 e dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente, dei presidi multizonali di prevenzione (PMP), dell'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza sul lavoro (ISPESL) e degli ispettori territoriali del Ministero delle comunicazioni [...]». Il rispetto della legge è garantito da un potere sanzionatorio dei Co.Re.Com.¹²⁴. Nell'attività di misurazione, infine, sono monitorate maggiormente le località più a rischio, per la presenza di sorgenti elettromagnetiche fisse¹²⁵.

5.3. *Ulteriori attività delegate: digitale terrestre e attività di ricerca, convegni, eventi di comunicazione pubblica*

Per quanto attiene alla questione “digitale”, i Co.Re.Com. hanno effettuato una mappatura delle problematiche causate dalla limitata “copertura” delle trasmissioni RAI (e, in alcuni casi, delle emittenti televisive locali); infatti, spesso, il segnale radiotelevisivo non raggiunge, in modo ottimale, molte aree montane e collinari, nonché alcune aree di confine e centri abitati, a causa della sovrapposizione di frequenze. I Comuni e le Associazioni di consumatori, sono stati invitati a segnalare le criticità più diffuse, riscontrate dopo il cosiddetto *switch off*. La creazione di un tavolo tecnico ha avuto la funzione di monitorare la “copertura” del segnale radiotelevisivo RAI, per assicurare una migliore qualità tecnica dei programmi e garantire un costante rapporto con i cittadini, in modo da recepire le loro istanze ed esigenze.

I Co.Re.Com. si sono altresì contraddistinti per attività pubbliche, in tema di comunicazione, con particolare attenzione verso i minori e le donne.

6. *Uno sguardo d'insieme sulle attività dei Co.Re.Com.: punti di forza, criticità e prospettive future*

Attualmente, non tutti i Comitati esercitano le stesse funzioni delegate, ma vige un complesso sistema di governo regionale delle comunicazioni, che procede a tre diverse velocità. Alcuni Co.Re.Com. (Valle d'Aosta, Liguria, Veneto, Campania e Sicilia), infatti, esercitano soltanto le deleghe di prima fase: 1) vigilanza in

¹²⁴ L. 22 febbraio 2001, n. 36 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 55 del 7 marzo 2001), “Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici”, art. 15

¹²⁵ Relazione sull'attività svolta dal Co.Re.Com. Calabria per l'anno 2014, 74

materia di tutela dei minori, con riferimento al settore radiotelevisivo locale. A tal uopo, l'ente, tra le altre cose, promuove iniziative di studio volte ad educare all'utilizzo dei media, avviando delle indagini conoscitive su temi specifici afferenti alla tutela dell'immagine, della sicurezza e della reputazione dei minori sui nuovi media (social network - Internet); 2) vigilanza sul rispetto delle norme di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale, con particolare riferimento agli obblighi in materia di programmazione; 3) tentativo di conciliazione obbligatorio nelle controversie tra organismi di telecomunicazioni ed utenti. In particolare, quest'ultima attività, molto diffusa nei paesi anglosassoni, si qualifica come "*alternative dispute resolution*" ed è obbligatoria prima di fare ricorso alla giustizia ordinaria. Tale carattere di obbligatorietà rende il servizio presso il Co.Re.Com. completamente gratuito. Il ricorso alla citata modalità di risoluzione alternativa delle controversie si è notevolmente incrementato negli anni. Ciò ha condotto all'emersione di diverse criticità insite nel sistema. Ed infatti, nelle prime fasi, i Co.Re.Com. sono stati costretti a sostenere elevati sforzi per erogare il servizio in termini di dotazione del personale e risorse economiche. Ciò ha indotto a promuovere un rafforzamento finanziario ed organizzativo delle strutture dedicate a tale attività, prestando particolare attenzione alle competenze professionali degli erogatori nonché all'adeguatezza degli spazi e degli strumenti utilizzati.

Come precedentemente evidenziato, ai fini dell'effettivo esercizio delle funzioni delegabili, la legge prevede la stipula di una convenzione (c.d. "commitment" regionale). Questa viene approvata dai singoli Consigli Regionali (o dai Presidenti della Giunta, a seconda di quanto previsto dagli Statuti). Tuttavia, non tutte le regioni si sono, ad oggi, attivate in tal senso ed è per questo che alcuni Comitati (Sicilia e Sardegna) si limitano ad esercitare solo funzioni proprie, non avendo stipulato alcuna convenzione.

Vi sono, infine, ulteriori Comitati (Marche), che esercitano le deleghe di seconda fase: definizione delle controversie tra utenti e gestori della comunicazione elettronica (è possibile, in tal senso, rivolgersi al Co.re.com non solo per la prima fase di conciliazione obbligatoria, ma anche, in caso di esito negativo, per la decisione della controversia, senza dover quindi ricorrere all'AG.Com.); vigilanza sul rispetto della programmazione e delle disposizioni relative all'attività radiotelevisiva locale, mediante il monitoraggio ed il controllo delle trasmissioni; tenuta del Registro degli operatori della comunicazione, in funzione del principio di trasparenza.

Tali attività esercitate dai Co.Re.Com. contribuiscono a creare un quadro variegato del sistema delle comunicazioni a livello regionale, sia dal punto di vista gestionale, che di controllo e di garanzia. Ed infatti, l'esercizio delle descritte funzioni ha l'obiettivo di creare un decentramento territoriale delle funzioni dell'AG.

Com., in modo che sia presente, per mezzo dei Co.Re.Com., in una più vasta area, nella sua fondamentale attività di tutela dei cittadini-utenti. Tuttavia, se da un lato, le funzioni delegate sono state ampliate e stabilizzate, dall'altro si evidenzia che la dimensione regionale delle funzioni proprie non ha avuto un analogo potenziamento. Un tale schema, dunque, manifesta profili di forza e di debolezza. Il sistema dei Co.re.com., per le attività sempre più numerose e complesse che svolge, è un modello molto articolato che per funzionare ha bisogno di mantenere intatto un corretto equilibrio di poteri sia su base nazionale che regionale. Ciò, in quanto, come emerge dai costanti monitoraggi, le attività esercitate dai comitati sono di evidente utilità per tutta la regione, poiché rivolte nei confronti non solo dei singoli cittadini, ma di tutto il complesso territoriale così considerato. Si tratta di un forte presidio all'interno del sistema delle comunicazioni. Le sue funzioni, invero, spaziano dalla tutela del pluralismo sociale alla salvaguardia dell'emittenza televisiva; dalla risoluzione stragiudiziale delle controversie tra operatori ed utenti alle funzioni di vigilanza; dall'esercizio del diritto di rettifica nel contesto dell'emittenza locale alla tenuta del Registro degli operatori delle comunicazioni. È ovvio, quindi, che a fronte di tali attività, il comitato è in grado di operare efficacemente soltanto se dotato di una struttura organizzativa altamente qualificata e diversificata nelle competenze: da esperti della comunicazione, a personale con competenze giuridico-amministrative, a personale tecnico.

Negli anni, alla luce delle evidenziate criticità, attesa la sussistenza di un complesso sistema di governo regionale delle comunicazioni a macchia di leopardo, diverse sono state le proposte di riforma avanzate dalla dottrina.

Secondo una parte della dottrina, sarebbe stato ottimale realizzare un sostanziale squilibrio, sia nel rapporto tra i Co.Re.Com. e l'AG.Com. che in quello esistente tra questi e le Regioni; l'obiettivo era, infatti, quello di ottenere un ulteriore ampliamento dell'autonomia e della specializzazione dei Comitati. Altra parte della dottrina, invece, ha teorizzato la trasformazione dei Co.Re.Com. ipotizzando le articolazioni territoriali dell'A.g.com. come vere e proprie Autorità indipendenti regionali, che dovrebbe comunque essere attuata mediante un intervento statale. Di talché, si assisterebbe ad un ridimensionamento delle funzioni delegate a vantaggio delle funzioni proprie attribuite ai Co.re.com.¹²⁶

Dall'analisi comparata delle varie leggi regionali, (ad es. l.r. Lazio, n. 19/2001; l.r. Liguria, n. 5/2001; l.r. Lombardia, n. 20/2003; l.r. Marche, n. 8/2001; l.r. Sicilia, n. 2/2002; l.r. Toscana, n. 22/2002; l.r. Veneto, n. 18/2001) istitutive dei Co.Re.Com., emergono sostanziali differenze. Queste, in particolare, non attengono soltanto alle diverse attività esercitate, ma anche e soprattutto al numero dei componenti ed all'entità delle loro indennità, finalizzate, principal-

¹²⁶ A. Cardone, *op. cit.*

mente, a ridurre i costi della politica, senza andare a pregiudicare l'efficienza e la qualità delle funzioni svolte al servizio dei cittadini. In un primo momento, invece, a seguito dell'emanazione della delibera AG.Com. n. 52/1999 che prevedeva un numero massimo di cinque membri, alcune Regioni si sono adeguate, mentre altre hanno imposto al loro interno una composizione molto più ampia andando a ricomprendere nei rispettivi comitati sei, sette, otto o, in alcuni casi, addirittura, nove membri. È evidente che tale differenziazione, se da un lato rispondeva alle esigenze regionali anche in base alle dimensioni del territorio, dall'altro causava enormi squilibri e disordini in termini di componenti e di dislocazione delle risorse a livello regionale. Pertanto, in virtù della precaria situazione economica del Paese ed in attuazione della recente legislazione statale di contenimento della spesa pubblica, il primo aspetto che ha subito una rivisitazione è stato, certamente, quello concernente la composizione numerica del Co.Re.Com.

Emblematico, a tal riguardo, è il caso dell'Emilia Romagna che già nel 2007, approvando la l.r. n. 27, aveva innovato la legge regionale istitutiva del Co.Re.Com., prevedendo la riduzione del numero dei suoi membri, e configurando un Comitato formato soltanto da tre componenti, a fronte dei nove precedentemente previsti. Sulla stessa linea di programmazione si sono poste anche altre Regioni, come, ad esempio, la Calabria, la Liguria, il Piemonte. Quest'ultimo, in particolare, con la l.r. n. 10/2011, ha sensibilmente ridotto la composizione del Co.Re.Com. da otto membri a tre.

Altro modo di razionalizzare le spese, adottato da alcuni Consigli regionali, ha riguardato la riduzione delle indennità, dei rimborsi e delle missioni spettanti al Presidente e agli altri componenti il Co.Re.Com. Dall'analisi dei rendiconti finanziari dei Co.Re.Com. emerge, infatti, che il capitolo di bilancio, che maggiormente incide sul costo complessivo dell'ente, è quello relativo alle indennità, ai rimborsi e alle missioni. Si comprende, dunque, che la spesa era di gran lunga superiore rispetto all'effettiva necessità degli enti ed alle ragioni del loro funzionamento. Ed è per questo che i compensi dei membri hanno subito drastici tagli. Dapprima è intervenuta la Regione Calabria, che nel 2007, con la stessa legge modificativa del numero dei componenti, ha ridotto del 20% le indennità, sia del Presidente che degli altri componenti. A tale intervento di *spending review*, si sono poi allineate altre regioni, come l'Umbria e il Piemonte, le quali, oltre a ridurre significativamente il numero dei membri del Co.Re.Com., hanno anche provveduto a contenere le spese relative ai compensi ad essi spettanti; il Veneto e la Puglia, invece, hanno ridotto del 10% le indennità.

Queste, dunque, le due modalità di razionalizzazione dei costi, che consentono di contenere le spese del Co.Re.Com., rendendolo un organismo più snello e in linea con le politiche di *spending review* dello Stato, senza pregiudicarne

l'efficace funzionamento, che non può essere condizionato da esigenze economico-finanziarie. Infatti, operando un bilanciamento tra la necessità di effettuare i tagli ai costi della politica anche a livello regionale e gli effetti che tale iniziativa produce sull'ente oggetto della presente disamina, emerge, *ictu oculi*, che la *spending review* è assolutamente necessaria per restituire equilibrio al sistema economico e finanziario, ma questo taglio non può in alcun modo incidere sui servizi offerti dal Co.re.Com., i quali non debbono subire pregiudizio alcuno né in termini di funzioni proprie, né tantomeno delegate. Alla luce di tale analisi, si evince che la politica statale e regionale della riduzione dei costi è attualmente in via di soddisfazione, senza peraltro arrecare nocimento all'ente. Ed infatti, questi non ha subito tagli in termini di servizi che, invero, sono rimasti invariati, ma ha assistito ad una riduzione del numero dei componenti e della relativa indennità che non pregiudicano l'operatività del Comitato. Al contrario, si potrebbe ambire ad un notevole rafforzamento, in quanto, per sopperire alla mancanza numerica dei componenti si potrebbe optare per una struttura tecnico-amministrativa maggiormente qualificata che svolga con ancora più professionalità le funzioni assunte dall'organo. Pertanto, la realizzazione di questi interventi consentirà di perseguire una notevole riduzione dei costi e un utilizzo più razionale delle risorse umane e finanziarie. In tal modo, inoltre, è possibile il raggiungimento dell'obiettivo principale del Co.Re.Com.: diventare un'istituzione vicina al territorio e ai cittadini, diffondendo i propri servizi in maniera capillare, incentivando progetti e attività, in un'ottica complessiva che interpreti la comunicazione come una risorsa sociale, culturale ed economica per tutto il territorio regionale.

7. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto evidenziato nella presente disamina, in definitiva, si ritiene che i Co.Re.Com., sebbene abbiano subito negli anni profonde evoluzioni tali da renderli molto più vicini alle realtà sociali, dovrebbero essere presenti come istituzioni in maniera più incisiva sul territorio e nei confronti dei cittadini, diffondendo la propria attività e i propri servizi in maniera capillare e scrupolosa, incentivando i progetti e le azioni già poste in essere e promuovendone nuove, in un'ottica sociale, culturale ed economica che investa tutto il territorio regionale. A tal uopo, si evidenzia che se da un lato, una notevole riduzione dei costi e un utilizzo più razionale delle risorse umane e finanziarie hanno permesso a tali istituti di raggiungere molti dei loro obiettivi, dall'altro, i Co.Re.Com., incapaci di essere garanzia del sistema contro l'azione imperante del mercato e l'inerzia del legislatore regionale, si limitano ancora ad esercitare mere funzioni di carat-

tere amministrativo e/o di controllo nel campo radiotelevisivo¹²⁷. Sarebbe auspicabile, quindi, una riforma che consenta di accrescere il ruolo dei Co.Re.Com., in modo che dialoghino maggiormente con il territorio in cui operano e soprattutto con gli utenti, ‘si da assicurarne una completa e più efficace tutela, in nome dello sviluppo uniforme del sistema locale delle comunicazioni. L’obiettivo, dunque, è certamente quello di rafforzare e migliorare le modalità di erogazione dei servizi da parte delle istituzioni, in modo da massimizzare l’efficienza del sistema decentrato, andando a risolvere eventuali problematiche di coordinamento amministrativo locale. Bisogna, quindi, intervenire sul ruolo del comitato e definirne in maniera più chiara i limiti e le potenzialità e, laddove necessario, rendere le funzioni ad esso assegnate maggiormente autonome e localizzate sul territorio di riferimento. Per realizzare tale obiettivo occorre dotare i comitati di un’efficace organizzazione interna costituita da professionisti di settore che assumano ruoli diversificati a seconda dell’ambito di competenza, favorendo il sistema delle specializzazioni e, conseguentemente, assicurando tutela nell’ambito dell’intero quadro delle telecomunicazioni.

Gli anni Ottanta sono stati segnati da diverse istanze regionalistiche in materia di comunicazione, probabilmente espressione di un regionalismo fine a sé stesso, dapprima esaltato con la riforma Costituzionale del titolo V (2001), ma successivamente osteggiato con la proposta del Governo Renzi di referendum (ma senza successo), con l’intento di riassorbire a livello centrale alcune materie di attribuzione regionale¹²⁸. Le competenze regionali in materia di comunicazione (e attribuite ai Co.Re.Com. c.d. “funzioni proprie”) non hanno mai inciso significativamente, divenendo spesso un duplicato confuso e disorganizzato delle funzioni di altri organi. Ciò nonostante, i Co.Re.Com., espressione del decentramento dell’AG.Com., sono ora destinati, conseguentemente alle nuove deleghe ad esse attribuite dall’autorità centrale, a ricoprire un nuovo ruolo nell’ambito del comparto delle telecomunicazioni, divenendo sempre più efficaci strumen-

¹²⁷ F. Pinto, *La radiotelevisione tra monopolio e pluralismo*, Roma, 1982: «il legislatore avrebbe dovuto offrire una garanzia all’emittenza locale, strutturalmente ed economicamente limitata, preservandola da un sistema che, basandosi su logiche esclusivamente economiche, ne avrebbe mortificato le potenzialità, tendendo all’eliminazione della loro presenza tesa a garantire alle grosse concentrazioni la quasi totalità del settore».

¹²⁸ Ancora F. Pinto, *op. cit.*. L’operato regionale in materia di comunicazione è altresì criticato dai rappresentanti di tutti i rappresentanti delle associazioni di categoria del comparto radiotelevisivo intervistate (Mario Albanesi per “CONNA”; Fabio Carera per “AER-ANTI-CORALLO”; Rocco Monaco per “CNT”), nonché da Mauro Roffi, editore del periodico tematico “Millecanali”, che tuttavia sottolinea, in alcuni casi, un sostegno regionale tuttavia limitato al solo lato economico (Toscana, Veneto); anche il prof. Roberto Zaccaria sottolinea la marginalità dell’intervento regionale in materia di comunicazione e telecomunicazioni. A circa 15 anni dalla riforma del titolo V, il 12 aprile 2016, G.U. n. 88 del 15 aprile 2016 sarà approvata alla Camera la proposta di riforma costituzionale tendente, tra le altre cose, a revisionare il riparto delle competenze tra stato e regioni. Tra esse si prevedeva un riassorbimento centrale della materia dell’“ordinamento delle comunicazioni”. Il voto popolare tuttavia boccherà la riforma costituzionale.

ti di soluzione stragiudiziale delle controversie. In particolare, in riferimento alla citata importante attività, si evidenzia che i Co.Re.Com. hanno dovuto affrontare un rilevante percorso di crescita in termini di organizzazione, specializzazione ed investimenti, cercando di assumere un ruolo sempre più forte e “di riscatto” dal potere politico in cui si incardinano, in modo da avvicinarsi maggiormente agli utenti. Ciò in risposta al fatto che le attività di conciliazione stragiudiziale si sono moltiplicate in maniera esponenziale negli ultimi anni e pertanto le istituzioni hanno dovuto adeguare le loro potenzialità alle continue richieste da parte dei cittadini. Sicché, notevoli sono stati gli sforzi organizzativi ed economici dei comitati per ottenere dei servizi efficienti a livello locale. Il problema principale è stato sempre rappresentato dal particolare rapporto sussistente tra i Co.Re.Com. e l'organo politico presso cui operano. L'obiettivo dei comitati, invero, è stato sempre quello di disporre di adeguate risorse nonché di una reale autonomia finanziaria, in modo da rafforzare il proprio ruolo e peso istituzionale a livello territoriale. Tuttavia, tale autonomia non è agevole da conquistare, in quanto i Co.Re.Com. risultano strutturalmente dipendenti dalle regioni e funzionalmente dall'AG.Com. e pertanto non hanno un'identità ben definita, tale per cui in diverse occasioni subiscono le conseguenze nascenti dai contrasti politici locali. È ovvio che, al di là di queste problematiche, i servizi resi dal Co.Re.Com. sono essenziali, in quanto riscuotono costantemente il gradimento dell'utenza per le garanzie e la tutela che assicurano. Ne deriva che, è ancora notevole l'importanza di tali Comitati in un settore particolarmente delicato qual è quello delle comunicazioni e per tale ragione, si rivela necessario continuare ad investire sull'attività di tali istituti regionali e definirne meglio il ruolo. Le politiche di “*spending review*” non potranno in alcun modo andare ad intaccare minimamente l'efficace funzionamento dell'organo. Se è vero che risultano necessari tagli ai costi della politica (anche regionale), è anche vero che questi ultimi non possono assolutamente riguardare i servizi, tanto in termini di funzioni proprie quanto di quelle delegate. I Co.Re.Com. non possono e non debbono essere pregiudicati in alcun modo da esigenze economico-finanziarie della Regione o dello Stato, ma al contrario deve essere sempre più rafforzato il proprio ruolo e reso più vicino al territorio di riferimento, in modo da riscuotere maggiori successi in termini di tutela di un'utenza “debole” ed “indifesa”.

Ed invero, tanto la riduzione del numero dei suoi componenti quanto il contenimento delle spese relative alle loro indennità non pregiudicano minimamente l'operatività dei medesimi, che anzi, a fronte di tali tagli, potrebbe rafforzarsi mediante la predisposizione di una struttura maggiormente qualificata e professionale che svolga in maniera attenta e diligente le funzioni assegnate.

Nel corso degli anni, il carico di lavoro delle Autorità risulta cresciuto notevolmente. Il rischio che si palesa, dunque, potrebbe essere una continua proliferazione normativa nel tentativo di distribuire più efficacemente le competenze tra Autorità centrale e Comitati regionali. Altre strade ancora sono auspicabili, forse più veloci e lineari, al fine di rendere più efficace l'azione svolta dai Co.Re.Com. sul territorio, come, ad esempio, nuove forme di collaborazione con gli operatori nel rispetto dei principi generali, ovvero l'aumento di verifiche e incontri tra le parti in base alle peculiarità del territorio. Nel caso di specie, se in alcune aree si concentrano più operatori intenzionati a sviluppare nuove tecnologie mentre in altre sono presenti pochi operatori, un coinvolgimento più ampio delle imprese e di quanti fruiscono dei servizi, potrebbe rafforzare la posizione dei Comitati nell'ottica di un ampliamento di funzioni delegate. Certamente, compiti così delicati ed importanti per la comunità richiedono un adeguato sostegno da parte delle Assemblee Regionali, non sempre pronte a comprendere la rilevanza dell'attività svolta¹²⁹.

¹²⁹ I. Pagni, *Le controversie tra gli operatori di comunicazioni elettroniche e gli utenti*, in G. Morbidelli, F. Donati (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Quaderni Cesifin, Torino, 2009.

I Co.Re.Com – Tra fallimento del regionalismo e decentramento di nuove funzioni di servizio

Questo articolo riguarda il ruolo e la funzione adottati da Co.Re.Com. nelle aree a cui è assegnato. Vuole dimostrare i ruoli e le funzioni che assume, attraverso una contestualizzazione dell'istituto e quindi attraverso un'analisi delle funzioni attribuite. L'istituto, a causa del fallimento di alcune prerogative a cui era stato assegnato, può ora trovare una nuova qualificazione in una serie di servizi per i cittadini, per lo più all'interno delle funzioni delegate da AGCM. Si rivela, infine, come espressione di decentramento di questa Autorità di garanzia.

The Co.Re.Coms – from the failure of regionalism to the decentralisation of new service functions

This article is about the role and function adopted by Co.Re.Coms in the areas to which it is assigned. It sets out to demonstrate the roles and functions it takes on, through a contextualisation of the institute that characterises its introduction and then through an analysis of its attributed functions. The institute, due to the failure to meet certain prerogatives assigned to it, may now find a new qualification in a series of services for citizens, mostly within the functions delegated to it by AG.Coms, thus reflecting their decentralisation.

Gli indennizzi per i danni cagionati dalla fauna selvatica alla produzione agricola nell'ambito del sistema sugli aiuti di Stato. Luci e ombre di un dialogo tra formanti interni e il diritto UE

Alessandro Paire

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il rapporto tra il fondo *ex art.* 26, l. 11 febbraio 1992, n. 157, e gli aiuti di Stato. – 3. (*Segue*). Le recenti indicazioni del Consiglio di Stato. – 4. Il “dogma” della qualificazione del fondo di indennizzo. Alcuni spunti di riflessione. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il presente scritto si propone di esaminare il tema degli indennizzi dei danni cagionati dalla fauna selvatica alla produzione agricola previsti dall'ordinamento italiano nell'ambito del sistema degli aiuti di Stato di matrice eurounitaria.

L'impatto di tale danno sulle attività umane è di pressante attualità anche in ragione della costante crescita del patrimonio faunistico selvatico che in talune realtà del nostro Paese sembra assumere una dimensione addirittura allarmante, non solo e non soltanto nelle le zone montane o periferiche, ma anche nelle aree fortemente urbanizzate¹. A dir poco illuminante si pone il caso della giunta comunale di Roma chiamata ad affrontare nel settembre scorso l'invasione di alcuni parchi cittadini posti nella zona nord della Capitale da diversi branchi di cinghiali².

¹ Circa il tema del controllo della fauna selvatica, per tutti, N. Lucifero, *La disciplina giuridica della fauna selvatica e del prelievo venatorio. Profili civilistici e pubblicistici*, in *Giur.it.*, 2006, 7 ss.; M. Olivi, *Amministrazione della fauna selvatica e potere decisionale della Regione. Un colosso dai piedi di argilla*, 2018, consultabile in <http://ambientediritto.it>, 2018. Più recentemente, M. Olivi, (a cura di), *La caccia sostenibile, Profili biologici, etici e giuridici*, Milano, 2020.

² Cfr. la d.g.c. n. 190 del 27 settembre 2019 (Approvazione dello schema di Protocollo d'intesa tra Regione Lazio, Città Metropolitana di Roma capitale e Roma Capitale per la gestione del cinghiale (Sus Scrofa

Per contro, i danneggiamenti alle produzioni agricole non rappresentano più una notizia, neppure quando sono pregiatissimi vigneti o colture agricole d'eccellenza ad essere "aggrediti"³.

La proliferazione incontrollata degli animali selvatici che, fino ad un recente passato, sembrava interessare ambiti ben perimetrati e circoscritti, assume oggi un carattere e una dimensione generale lambendo pressoché trasversalmente la comunità sociale. Basti pensare al problema dell'incolumità personale o della sicurezza igienico-sanitaria emersi da poco in tutta la loro gravità come fattori di rischio strettamente connessi alla presenza eccessiva di animali selvatici in ambienti antropizzati⁴.

Il presente lavoro mira a focalizzarsi principalmente sui danni cagionati al settore primario, da sempre al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale in continua evoluzione e, proprio per questo, laboratorio di soluzioni originali ed innovative in grado di anticipare i tempi rispetto agli altri comparti dell'ordinamento⁵. Ciò che in questa sede interessa indagare non è tanto la dimensione civilistica del fenomeno risarcitorio ovvero gli istituti ad esso sottesi – peraltro già ampiamente e diffusamente sviscerati da una nutrita dottrina e giurisprudenza di riferimento – quanto il rapporto tra il sistema indennitario previsto dal legislatore nazionale a far tempo dal 1977 con la normativa comunitaria sui c.d. aiuti di Stato.

La scelta di erogare provvidenze pubbliche per finalità solidaristiche in chiave indennitaria ai soggetti danneggiati, scelta da coordinare con il meccanismo risarcitorio "ordinario" da un lato, e con il sistema dei c.d. aiuti di Stato di matrice eurounitaria, da un altro lato, rappresenta una peculiarità del nostro ordinamento foriera di un importante dibattito istituzionale tra le diverse Parti sociali in gioco, con posizioni talvolta assai contrastanti composte solo in sede giurisdizionale.

D'altro canto, così come osservato, non è difficile individuare la materia degli aiuti di Stato come «una di quelle dalle quali attendersi i più interessanti

L.) nel territorio di Roma Capitale) consultabile su *internet* sul sito istituzionale dell'Ente <http://www.comune.roma.it/web/it/albo-pretorio-online>.

³ Gli esempi forniti dalla cronaca sono molteplici. Per una visione generale del fenomeno, O. La Marca, *Sui danni causati dalla fauna selvatica all'agricoltura*, consultabile sul sito <http://www.georgofili.net>.

⁴ Circa l'incolumità personale, tra gli altri, si pensi al c.d. fenomeno del ritorno del lupo in contesti montani oramai fortemente caratterizzati dalla presenza umana. In generale, sulle tematiche del contenimento della fauna, per tutti, cfr. M. Apollonio, *Le prospettive di evoluzione della caccia in Italia alla luce dei cambiamenti ecologici, legislativi e sociali con particolare riferimento agli ungulati*, in M. Olivi (a cura di), *La caccia sostenibile, Profili biologici, etici e giuridici*, op. cit., 11 ss.

⁵ Sullo specifico tema del danno cagionato alla produzione agricola, A. Palmieri, *Ripopolamento di cinghiali e danni alle colture*, in *Dir. giur. agr.*, 1980, 227 ss.; M. Mazza, *Sui danni provocati alla produzione agraria dalla fauna selvatica protetta*, in *Giur. agr.*, 1985, 23 ss.; M. Moncelli, *Stima dei danni provocati dalla fauna selvatica alle coltivazioni agrarie*, Rimini, 2013.

sviluppi della giurisprudenza amministrativa e dello stesso diritto amministrativo nei prossimi anni»⁶.

Secondo il legislatore domestico, la fauna selvatica costituisce l'insieme dei mammiferi e degli uccelli dei quali esistono popolazioni viventi stabilmente ovvero temporaneamente in stato di naturale libertà nel territorio nazionale⁷.

Fin dai tempi dell'antica Roma, gli animali selvatici erano considerati *res nullius*; faceva eccezione la selvaggina riconducibile alla categoria dei frutti purché catturata in un fondo dove veniva appositamente allevata⁸.

Con la l. 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia), avviene un cambiamento fondamentale nello *status* giuridico della fauna selvatica che da *res nullius* passa a *res comunitatis*, diventando patrimonio indisponibile dello Stato tutelata nell'interesse della comunità nazionale⁹.

Lo stesso esercizio dell'attività venatoria è consentito purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna¹⁰. Come ripetutamente evidenziato, la materia della caccia, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, rientra nella potestà legislativa residuale delle Regioni, tenute nondimeno a rispetta-

⁶ R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2019, I, 72 ss.

⁷ Cfr. art. 2, l. 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), rubricato «Oggetto della tutela» con il relativo elenco. Tale legge affonda le proprie radici nella l. 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia) rappresentandone la naturale evoluzione.

⁸ M. Marrone, *Manuale di diritto privato romano*, nota 25, Torino, 2004, 286. Sulla riconduzione della fauna selvatica alla categoria delle *res nullius*, si vedano, tra gli altri, G. Lombardi, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in *Boll. Ist. Dir. Rom.*, 1948, 53 ss.; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, V ed., Milano, 1972, 155 ss.; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XIV ed., Napoli, 2006; M. Comperti, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Milano, 2009, 371 ss.

⁹ Il tema è stato ampiamente indagato dalla dottrina. Si vedano, tra gli altri, F. Adami, *La fauna selvatica italiana nel patrimonio indisponibile dello Stato*, in *Riv. pol.*, 1985, 128 ss.; M. Robecchi Majnardi, *La fauna selvatica come patrimonio indisponibile e le sue conseguenze, in Regioni*, 1990, 193 ss.; P. Vitucci, *Fauna selvatica e fauna di allevamento nelle leggi sulla caccia*, in *Scritti in onore di Vincenzo Bonocore*, Milano, 2005; N. Centofanti, *I beni pubblici: tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, 2007, 211 ss.; A. Crosetti, N. Ferrucci, *Manuale di diritto forestale e ambientale*, Milano, 2008, 100 ss.; S. Nespor, A. De Cesaris (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, ed. III, 2008, 768 ss.; A. Porporato, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Milano, 2011, 737 ss. Più recentemente, M. Olivi, *Natura giuridica della fauna selvatica*, in M. Olivi (a cura di), *La caccia sostenibile, Profili biologici, etici e giuridici, op. cit.*, 147 ss. Quest'ultimo Autore proprio con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 1 della l. 157/1992 relativa all'inclusione della fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato, soprattutto con riferimento alla contraddittoria questione dell'appropriazione del selvatico a favore del cacciatore che l'ha abbattuto, appropriazione che appare incompatibile con la categoria del patrimonio indisponibile dello Stato.

¹⁰ Cfr. art. 2, l. 11 febbraio 1992, n. 157, cit.

re i criteri fissati dalla l. 11 febbraio 1992, n. 157, a salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema¹¹.

Tale legge, definita dalla dottrina assai efficacemente come la legge di protezione della fauna¹², affonda le proprie radici nella l. 27 dicembre 1977, n. 968, cit., rappresentandone la naturale evoluzione; essa stabilisce il punto di equilibrio tra «il primario obiettivo dell'adeguata salvaguardia del patrimonio faunistico nazionale» e «l'interesse [...] all'esercizio dell'attività venatoria» conseguentemente, i livelli di tutela da questa fissati, non sono derogabili *in peius* dalla legislazione regionale¹³.

¹¹ La dottrina sul valore ambiente è a dir poco sterminata. Per tutti, P.M. Vipiana (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela. Lo status quo e le prospettive*, Milano, 2005; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc. 3, 509 ss.; Id., *Emergenza e protezione dell'ambiente nella Società del rischio*, in *Foro amm. TAR*, 2006, fasc. 10, 3356 ss.; Id., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Diritto e società*, 2006, fasc. 4, 507 ss.; Id., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. TAR*, 2009, fasc. 6, 1945 ss.; F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013; R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente, op. cit.*; B. Caravita, L. Casseti, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia (a cura di), *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; N. Ferrucci, *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.

¹² Il riferimento è a N. Lucifero, *I danni all'agricoltura dalla fauna selvatica: Prevenzione e responsabilità*, Torino, 2015, 18 ss.

¹³ Cfr. *ex plurimis*, Corte cost., 14 giugno 2017, n. 139, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2523 ss.; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 74, in *Giur. cost.*, 2017, 2, 722 ss. Più recentemente, Corte cost., 13 marzo 2019, n. 44, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 708 ss. Sempre in materia, cfr. Corte cost., 17 gennaio 2019, n. 7, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 60 ss. (con nota di A. Di Folco), laddove, con riferimento ai rapporti intercorrenti tra la materia fauna selvatica e caccia la Corte osserva: «il carattere trasversale della materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”, e quindi la sua potenzialità di estendersi anche nell'ambito delle competenze riconosciute alle Regioni, mantiene, infatti, salva la facoltà di queste di adottare, nell'esercizio delle loro attribuzioni legislative – quali nella specie in materia di caccia, affidata alla competenza legislativa residuale della Regione –, norme di tutela più elevate. [...] Giova ricordare come a livello europeo, gli interventi normativi in materia di tutela della fauna selvatica trovano la loro base giuridica nell'art. 191 TFUE relativo alla politica dell'Unione in materia ambientale. Politica atta a perseguire gli obiettivi di: “salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente; protezione della salute umana; utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali; promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, combattere i cambiamenti climatici”. La Direttiva del Consiglio n. 92/43/CEE del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, c.d. Direttiva *Habitat*», e la Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 09/147/CE del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici (in sostituzione della precedente Direttiva n. 79/409/CEE del 2 aprile 1979, c.d. Direttiva «Uccelli») costituiscono il fulcro della politica unionale in materia di conservazione della biodiversità. Con la Direttiva *Uccelli* l'Unione Europea riconosce anche gli uccelli selvatici come patrimonio comune degli Stati membri. La Direttiva *Habitat* reca lo scopo di salvaguardare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali, nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio europeo degli Stati membri al quale si applica il trattato» (art 2, paragrafo 1, Direttiva n. 92/43/CEE). Per il raggiungimento di questo obiettivo tale Direttiva stabilisce misure volte ad assicurare il mantenimento o il ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, degli habitat e delle specie di interesse comunitario elencati nei suoi allegati, tenendo conto delle esigenze economiche, sociali e culturali, nonché delle particolarità regionali e locali (art. 2, paragrafi 2 e 3, Direttiva n. 92/43/CEE). Sulla politica comunitaria in materia, si vedano, a titolo esemplificativo, N. Haigh, *Le direttive Cee per l'ambiente*, Aa.Vv., *Annuario europeo dell'ambiente*, Milano, 1990; N. Capria, *Directive ambientali Cee e stato di attuazione in Italia*, Milano, 1992; P. Dell'Anno, *L'attuazione del diritto comunitario ambientale*,

In Italia, dunque, il regime giuridico della fauna selvatica diverge da quello degli altri Paesi europei: se in talune realtà nazionali tale “bene” è considerato proprietà del titolare del fondo, nel nostro ordinamento la fauna viene annoverata nel patrimonio indisponibile dello Stato, con la conseguenza che lo Stato – in quanto proprietario – è responsabile dei danni da essa causati alla luce dei principi generali dell’ordinamento civilistico¹⁴.

In agricoltura, secondo le ricostruzioni giurisprudenziali più recenti, il riconoscimento della natura di diritto soggettivo in ordine alla posizione del privato le cui colture sono state danneggiate dalla fauna selvatica non implica anche il riconoscimento di un diritto all’integrale risarcimento del pregiudizio subito. Ciò in quanto l’ordinamento prevede un semplice indennizzo che trova un limite nello stanziamento dei fondi previsto – secondo la normativa nazionale – dalla

in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994; G. Greco, *La direttiva habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1207 ss.; G. Cordini, *L’attuazione della legislazione ambientale comune negli stati membri dell’unione europea*, in C. Desideri, F. Spantigati (a cura di), *Ambiente e urbanistica, Atti del Seminario 9-10 giugno 2000 dei Giuristi dell’ambiente – Parco Migliarino S. Rossore Massacciucoli*, 2000; R. Montanaro, *Direttiva habitat e valutazione di incidenza: primi interventi giurisprudenziali*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2779 ss.; D. Addis, *Attuazione in Italia delle direttive 92/43/CEE «habitat» e 79/409/CEE «uccelli» in relazione alle aree protette marine*, in *Dir. scambi intern.*, 2002, 629 ss.; L. Cianfoni, *Direttiva habitat: efficacia delle misure di salvaguardia di cui all’art. 6 in attesa dell’adozione delle liste dei siti di importanza comunitaria*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 601 ss.; R. Fuzio, *Aree naturali protette di origine comunitaria: quale tutela per gli habitat naturali e di specie?*, in *Ambiente*, 2004, 471 ss. Per una recentissima ricostruzione del tema, A. Crosetti, *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo T.U.F.*, in *Riv. giur. edil.*, II, 2019, 113 ss.

¹⁴ In generale, circa il regime proprietario di tali animali si possono distinguere due tendenze: la prima è considerarli *res nullius*, la seconda è considerarli come beni che appartengono allo Stato. La prima tendenza sembra quella oggi prevalente in Europa. Simile opzione legislativa è adottata dal diritto portoghese (art. 1318 c.c. port.), cecco, spagnolo (art. 465 c.c. spagn.) e tedesco (§ 960(1) BGB). Meno diffusa, invece, la scelta di considerarli, come avviene in Italia, di proprietà dello Stato. Tra gli ordinamenti europei che seguono una tale scelta possiamo segnalare la Bulgaria (cfr. Art. 2 (1) della legge sulla caccia e sulla protezione della fauna selvatica) e la Polonia (Art. 21 della legge sulla protezione degli animali e art. 2 della legge polacca sul diritto di caccia). Una scelta piuttosto che l’altra comporta conseguenze di rilievo in essenzialmente due momenti: il primo è quando occorre stabilire come si acquisti la proprietà dell’animale selvatico, il secondo è quando si deve rispondere per i danni che l’animale cagiona. Con riguardo agli ordinamenti che considerano la fauna selvatica *res nullius* l’acquisto della proprietà avverrà di regola con l’occupazione. Negli ordinamenti che la considerano proprietà dello Stato, invece, occorrerà un atto traslativo che sia idoneo a trasferire al privato la legittimazione sull’animale o sul suo corpo. Più delicato il discorso che riguarda i danni cagionati dalla fauna. Ora, se è diffusa negli Stati europei la volontà di preservare la fauna selvatica nell’interesse della collettività, maggiori differenze tra i vari ordinamenti sorgono quando si deve individuare il soggetto che è tenuto a pagare per i danni che la fauna cagiona. In linea di massima, quando la fauna selvatica cagiona danni, per il danneggiato la situazione è più semplice negli ordinamenti nei quali la fauna appartiene allo Stato. In essi, infatti, sarà lo Stato in quanto proprietario il soggetto chiamato a rispondere e si porrà, eventualmente, soltanto il problema del soggetto legittimato passivo della richiesta e delle eventuali limitazioni che l’ordinamento prevede per il ristoro del danno. Negli ordinamenti in cui la fauna è *res nullius*, invece, la situazione si complica e si aprono sostanzialmente due possibilità: lasciare che il danno ricada sul soggetto che lo ha patito o prevedere forme pubbliche di indennizzo che ristorino il danneggiato. In realtà, però, la tendenza comune nella maggior parte degli ordinamenti è quella di prevedere forme di indennizzo per i soggetti danneggiati, che si facciano carico di conciliare l’interesse generale alla tutela della fauna selvatica con l’esigenza di garantire al danneggiato il diritto a essere risarcito. Tale tendenza è particolarmente evidente nel caso in cui il danno sia stato cagionato da specie “protette”.

Regione, limite assolutamente coerente con la semplice considerazione per cui la tutela della fauna selvatica è un valore che si scontra con il diritto dominicale del privato. In altre parole, non si è in presenza di un risarcimento del danno da fatto illecito, bensì del necessario bilanciamento tra interessi contrapposti entrambi meritevoli di tutela: da un lato, quello della collettività al ripopolamento faunistico e, dall'altro, quello dei coltivatori alla preservazione delle loro attività economiche. Si integrerebbe pertanto un caso di danno da attività lecita con conseguente illogicità di un eventuale obbligo di risarcimento pieno ed integrale per il venire del requisito giuridico dell'ingiustizia, che è fondamento del paradigma aquiliano contemplato nell'art. 2043 c.c.¹⁵.

Tale giurisprudenza va nondimeno letta alla luce della peculiarità del nostro ordinamento e, quindi, con la consapevolezza della distinzione esistente tra rimedio risarcitorio classico giurisdizionale e rimedio indennitario. Trattasi, a ben vedere, di un vero e proprio sistema a “doppio binario” in cui il danneggiato, a seconda della strada concretamente intrapresa, sarà soggetto ad un regime giuridico significativamente diverso.

Circa i danni arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo dalla fauna selvatica, in particolare da quella protetta, l'art. 26 della l. 11 febbraio 1992, n. 157 – in piena continuità con la precedente l. 27 dicembre 1977, n. 968 – rubricato «Risarcimento dei danni prodotti dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria» pone a carico di ogni Regione la costituzione di un fondo destinato alla prevenzione e ai risarcimenti o, come sarebbe più corretto, agli indennizzi¹⁶; infatti, la rubrica dell'articolo non deve trarre in inganno giacché è oramai pacifico che la tutela abbia natura meramente inden-

¹⁵ La giurisprudenza sia civile che amministrativa sul punto è oramai pressoché consolidata. Tra le pronunce più recenti Cons. Stato, sez. III, 16 gennaio 2019, n. 394, TAR Piemonte, 22 gennaio 2019, n. 73; Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2019, n. 4411, tutte consultabili sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Si vedano anche Cass., ss.uu., 29 novembre 2000, n. 1232, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Responsabilità Civile*, n. 376; Cass., ss.uu., 10 maggio 2006, n. 10701, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5 ss.; Cass., sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22384, in *Guida al diritto*, 2015, 3, 34 ss.

¹⁶ Cfr. art. 26, l. n. 157 del 1992: «1. Per far fronte ai danni non altrimenti risarcibili arrecati alla produzione agricola e alle opere approntate sui terreni coltivati e a pascolo dalla fauna selvatica, in particolare da quella protetta, e dall'attività venatoria, è costituito a cura di ogni regione un fondo destinato alla prevenzione e ai risarcimenti, al quale affluisce anche una percentuale dei proventi di cui all'articolo 23. 2. Le regioni provvedono, con apposite disposizioni, a regolare il funzionamento del fondo di cui al comma 1, prevedendo per la relativa gestione un comitato in cui siano presenti rappresentanti di strutture provinciali delle organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale e rappresentanti delle associazioni venatorie nazionali riconosciute maggiormente rappresentative. 3. Il proprietario o il conduttore del fondo è tenuto a denunciare tempestivamente i danni al comitato di cui al comma 2, che procede entro trenta giorni alle relative verifiche anche mediante sopralluogo e ispezioni e nei centottanta giorni successivi alla liquidazione. 4. Per le domande di prevenzione dei danni, il termine entro cui il procedimento deve concludersi è direttamente disposto con norma regionale».

nitaria e soddisfi una finalità tipicamente solidaristica. Non a caso l'*incipit* della disposizione parla espressamente di «danni non altrimenti risarcibili».

Sotto il profilo squisitamente procedimentale la norma prevede una gestione del fondo affidata ad un comitato rappresentativo delle due categorie potenzialmente alleate (agricoltori e cacciatori) chiamato a verificare – anche mediante sopralluoghi e ispezioni – entro trenta giorni le istanze del proprietario o del conduttore del fondo tenuti ad una denuncia tempestiva dei danni patiti al comitato medesimo, con una liquidazione dell'indennizzo nei successivi 180 giorni. Ne emerge un procedimento certamente semplificato, soprattutto sotto il profilo istruttorio, avviato ad istanza di parte e definito in termini particolarmente contingenti che prevedono addirittura l'erogazione della provvidenza nei 210 giorni dal momento della presentazione dell'istanza.

Trattasi di una disposizione cruciale per la materia che qui occupa, autentico fulcro di un sistema indennitario delineato dal legislatore nazionale a far tempo dagli anni Settanta per i danni ai terreni coltivati e pascolati, originale e per certi aspetti tutt'altro che superato.

Non è un caso, quindi, se la via tracciata per le erogazioni in agricoltura viene recentemente riproposta anche in altri ambiti, primo tra tutti quello dei danni cagionati al traffico veicolare, con l'istituzione di fondi con finalità solidaristica a base regionale volti auspicabilmente a deflazionare un contenzioso sempre più gravoso, sia per il privato danneggiato che per la pubblica amministrazione convenuta in giudizio¹⁷.

Prima che altrove, nel settore agricolo, il legislatore nazionale elaborò un meccanismo indennitario a tutela dei soggetti danneggiati, consapevole che il sistema risarcitorio, in un settore strategico per l'economia nazionale particolarmente esteso e diffuso, anche per ovvie ragioni di conformazione naturale del Paese, da solo non fosse soddisfacente¹⁸.

¹⁷ Cfr. il caso del fondo di solidarietà a favore dei soggetti coinvolti in sinistri stradali con fauna selvatica unglata istituito dalla Regione Piemonte con l.r. 27 gennaio 2000, n. 9.

¹⁸ Sotto il profilo risarcitorio, in origine si riteneva configurabile, nel caso di danni cagionati dalla fauna selvatica, la responsabilità dello Stato *ex art.* 2052 c.c. a seguito del riconoscimento – in capo a quest'ultimo – di una situazione di titolarità dominicale su di essa. Secondo la più risalente giurisprudenza, «se, pure il fine di tale mutamento della configurazione giuridica della fauna selvatica è stato indubbiamente quello di assicurare la tutela di un bene ritenuto di interesse collettivo, ciò non esclude l'assoggettamento dello Stato alle conseguenze derivanti, alla stregua dei principi generali, dalla titolarità del diritto di proprietà una volta che lo Stato, per raggiungere appunto il fine succitato, abbia ritenuto di assoggettare direttamente alla sua signoria detto bene». Prendendo le mosse da una siffatta premessa, la giurisprudenza osservava plasticamente come «si è pur sempre in presenza di una proprietà di tali beni da parte dell'Amministrazione anche se trattasi di una proprietà soggetta a regimi particolari. Conseguentemente la circostanza che trattasi di beni destinati a soddisfare interessi generali non può certo di per sé esonerare gli enti pubblici dalla responsabilità derivante da una gestione di detti beni inosservante del principio del *neminem laedere* (principio pacificamente applicabile anche alla P.A.). Pertanto come proprietario lo Stato deve ritenersi responsabile dei danni subiti dagli attori *ex art.* 2052 c.c.». Cfr. Pretore di Ceva, 22 marzo 1988, in *Giur. agr. it.*, 1989, 110 ss., con nota di S. Masini, *Sulla responsabilità civile dello*

Molte erano – così come sono – le ragioni che deponevano a favore dell'introduzione di un meccanismo indennitario "alternativo": la farraginosità del giudizio civile ordinario, con i suoi tempi e con i suoi costi, la gravosità dell'onere della prova e – su tutto – la forte parcellizzazione delle fattispecie di danno; era infatti l'insieme di questi elementi che finiva, assai di frequente, per demotivare ed allontanare il soggetto leso dalla tutela risarcitoria¹⁹.

stato per i danni cagionati dalla fauna selvatica alle produzioni agricole, ai sensi dell'art. 2052 c.c. L'orientamento giurisprudenziale che imputava alla P.A. responsabilità ex art. 2052 c.c. è ormai ampiamente superato. Per una rassegna sulle pronunce che ritenevano tale responsabilità sussistente, si vedano, Pret. Ferrara, 9 maggio 1978, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1978, 729 ss. con nota di W. Ventrella, *Responsabilità obiettiva ex art. 2052 cod. civ. e presunzione di colpa ex art. 2054, primo comma, cod. civ.*; Pret. Forlì, 19 febbraio 1986, in *Resp. civ. e prev.*, 1986, 176 ss. con nota di G. Scalfi, *Brevi spunti sulla contrapposizione della responsabilità fondata sulla colpa alle altre responsabilità fondate su ragioni diverse*; Pret. Cosenza, 5 luglio 1988, in *Foro it.*, 1988, I, 3629 ss.; Cass., sez. III, 12 agosto 1991, n. 8788, in *Dir. e giur. agr.*, 1992, 483 ss. con nota di S. Masini, *Sul criterio di imputazione della responsabilità dello stato per i danni cagionati da fauna selvatica*; Tribunale di Firenze, 13 maggio 1994, in *Arch. giur. circol. sin.*, 1995, 46 ss.; Tribunale di Perugia, sez. I, 11 dicembre 1995, in *Foro it.*, 1997, I, 315 ss.; Tribunale di Perugia, sez. II, 28 giugno 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1997, 27 ss. con nota di R. Prelati; Giudice di pace di Perugia, 27 aprile 1999, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 788 ss. con nota di C. Marini, *Responsabilità dello Stato come proprietario per danni da animale selvatico e applicabilità dell'art. 2052 c.c.* Più recentemente, negli anni Novanta, gli orientamenti originari sono stati superati in favore di un consolidamento ermeneutico che tende ad escludere l'operatività dell'art. 2052 c.c. rilevando come tale norma non presupponga una generica collocazione della fauna selvatica nel patrimonio indisponibile dello Stato, bensì una diretta ed immediata manifestazione domenicale su un determinato animale. Per una esaustiva ricostruzione, M. Olivi, *Natura giuridica della fauna selvatica*, in M. Olivi (a cura di), *La caccia sostenibile. Profili biologici, etici e giuridici*, op. cit., 154. In buona sostanza, osserva l'Autore citato, «emerge una figura giuridica di appartenenza che ha ben poco della proprietà intesa in senso tradizionale». Tali principi trovano nuova conferma anche nella giurisprudenza successiva per certi versi ancor più rigorosa sotto il profilo dell'onere della prova a carico del danneggiato confermando la tendenza *pro Stato* originata con il *revirement* di inizio anni Novanta. Sul tema, Cass., sez. II, 1 agosto 1991, n. 8470, in *Foro it.*, 1992, II, 143 ss.; Cass., sez. II, 15 marzo 1996, n. 2192, in *Danno e resp.*, 1996, 591 ss. con nota di V. Resta, *La pubblica amministrazione e i danni cagionati dalla fauna selvatica*; Cass., sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13956, in *Foro it.*, 1999, II, 156 ss.; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1638, in *Danno e resp.*, 2001, 456 ss.; Cass., sez. III, 24 settembre 2002, n. 13907, in *Foro it.*, 2003, I, 157 ss. con nota di A. Bitetto; Cass., sez. III, 25 novembre 2005, n. 24895, in *Danno e resp.*, 2006, 1091 ss., con nota di R. Foffa, *Animali selvatici e responsabilità allo stato brado*; Cass., 21 novembre 2008, n. 27673, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 383 ss. con nota di P. Guarda, *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*. Più recentemente, Cass., sez. III, 31 luglio 2017, n. 18954, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 5, 1718 ss. nonché in *Diritto & Giustizia*, 2017, 1 agosto, con nota di F. Gavioli; Cass., sez. I, ord. 21 novembre 2017, n. 27549, in *Foro it.*, 2018, II, 140 ss.; Cass., sez. II, 29 maggio 2018, n. 13488, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1652 ss.; Cass., sez. I, 27 febbraio 2019, n. 5722, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 28 ss.

¹⁹ I danni alle colture agricole si caratterizzano per essere, nella maggior parte dei casi, di modesta entità ma "ciclici". In dottrina, sulla responsabilità per danno cagionato dalla fauna selvatica si vedano W. Ventrella, *Danno cagionato da animali: fondamento della responsabilità e individuazione dei soggetti responsabili*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 739 ss.; M. Mazza, *Sulla responsabilità per danno cagionato da animale*, in *Giur. agr. it.*, 1984, 31 ss.; Id., *Sui danni provocati alla produzione agraria dalla fauna selvatica protetta*, *ibidem*, 1985, 23 ss.; M. Comporti, *Responsabilità civile per danni da selvaggina*, in *Riv. dir. agr.* 1986, I, 834 ss.; M. Franzoni, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988; M. Antinozzi, *Responsabilità per fatto di animali*, in *Dir. prat. ass.*, 1989, 329 ss.; P. Ziviz, *Il danno cagionato da animali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 71 ss.; S. Balzaretto, *La responsabilità per il danno cagionato da animali*, in *Resp. civ. e prev.*, vol. LX, n. 3-4, 1995, 468 ss.; V. Resta, *Danno cagionato da animali*, in *Nuova giur. civ.*, 1996, II, 135 ss.; S. Carmignani, *Danno da fauna selvatica e bilanciamento degli interessi tra illecito civile e legislazione speciale*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1998, 645 ss.; O.B. Castagnaro, *Osservazioni sul criterio di imputazione della responsabilità per danni prodotti da fauna*

La disposizione legislativa nazionale è stata attuata con norme *ad hoc* volte ad istituire a cura delle Regioni un apposito fondo per le erogazioni delle risorse. La previsione di tale fondo ha dato adito in passato a diverse questioni interpretative circa la natura del rimedio ovvero circa la qualificazione della posizione giuridica dei beneficiari rispetto ad esso, questioni tutt'altro che di semplice soluzione, soprattutto sotto il profilo dei principi generali. Lungi dal voler affrontare il tema, che per ovvie e scontate ragioni di economia complessiva del presente lavoro non potrà che essere solo fugacemente richiamato, il punto di sintesi dei diversi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali è oggi rinvenibile nel considerare il ricorso al fondo esercizio di un diritto soggettivo all'indennizzo frutto di un bilanciamento di diversi valori in reciproca tensione tra loro. Come già poc'anzi anticipato, diversamente dal risarcimento *ex art. 2043 c.c.* che presuppone il verificarsi di un fatto e illegittimo *non iure e contra ius* con conseguente obbligo sul danneggiante di corrispondere l'integrale risarcimento in favore del danneggiato, l'indennizzo implica l'accadimento di un fatto dannoso lecito non antigiuridico²⁰.

La mera compensazione dell'interesse leso costituito dalla tutela indennitaria trova la propria *ratio* nel sacrificio imposto sul soggetto colpito dal legislatore nell'ottica dell'interesse pubblico²¹.

La pubblica amministrazione è tenuta a corrispondere un indennizzo per i danni «non altrimenti risarcibili» al coltivatore, indipendentemente ed a prescindere dalla individuazione di un criterio di imputazione, in funzione della sola prova del verificarsi dell'evento dannoso con il conseguente ristoro del (solo) prodotto perduto²².

selvatica, in *Giur. it.*, 2000, 1594 ss.; F. Di Ciommo, *Il cinghiale carica, nessuno risponde: brevi appunti sulla (ir)risarcibilità dei danni causati da animali selvatici*, in *Danno e resp.*, 2000, 397 ss.; A. Ronco, *Il cinghiale e l'automobile*, in *Giur. it.*, 2001, 1634 ss.; A. Bitetto, *Danni provocati da animali selvatici: chi ne risponde e perché?*, in *Danno e resp.*, 2003, 273 ss.; C. Martino, *Responsabilità e tutele per danni cagionati da animali*, Macerata, 2010; A. Gaetano, *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, Padova, 2011; N. Lucifero, *La disciplina dei danni da fauna selvatica in agricoltura tra strumenti di prevenzione e di ristoro*, in *Aa.Vv., Irrazionali danni da fauna selvatica all'agricoltura e all'ambiente*, Accademia dei Georgofili, Firenze, 2015; F. Fiorentino, *Segnaletica stradale e profili di responsabilità civile dell'Ente inadempiente: l'evoluzione giurisprudenziale ed un auspicio di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1984 ss.

²⁰ Cfr. nota n. 15.

²¹ Osserva la stessa Corte Costituzionale: «la *ratio* stessa della normativa di cui alla legge n. 157 del 1992 risiede nella specificità della protezione offerta in relazione ai danni subiti dalle produzioni agricole a causa della fauna selvatica; il legislatore – nella sua scelta discrezionale, suscettibile ovviamente di variare nel tempo – ha inteso approntare una tutela peculiare dell'agricoltura indennizzando gli effetti negativi ad essa derivanti dalla presenza di quegli animali sul territorio, presenza che nell'attuale contesto storico sociale è ritenuta meritevole di protezione nel quadro di un armonico equilibrio ambientale», cfr. Corte cost., ordinanza 4 gennaio 2001, n. 4.

²² Cass., 28 luglio 2004, n. 14241, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Responsabilità civile*, n. 519. Si veda, inoltre, Cass., ss.uu., 29 novembre 2000, n. 1232, *ibidem*, Rep., 2001, voce *cit.*, n. 376, in cui si afferma che l'indennizzo erogato in favore dei proprietari di fondi danneggiati dalla fauna selvatica ha natura di contributo indennitario e viene corrisposto nei limiti consentiti dalla capienza del fondo regionale istituito a tal fine. Ne conseguirebbe, in mancanza anche di criteri predeterminati di liquidazione, la configurazione in capo all'Amministrazione pubblica di un potere discrezionale almeno con riguardo al *quantum* dell'indennizzo da erogare. Sul

I proprietari e i conduttori del fondo si trovano, dunque, una volta denunciato il danno rispettivamente alla Provincia, al Comitato di gestione dell'ATC e del CA concessionario dell'azienda faunistica, in una posizione giuridica di diritto soggettivo rispetto alla concessione dell'indennizzo previsto dalla disposizione di legge²³.

2. *Il rapporto tra il fondo ex art. 26, l. 11 febbraio 1992, n. 157, e gli aiuti di Stato*

Il fondo presuppone un vero e proprio obbligo posto dal legislatore statale a carico delle Regioni di reperire, impegnare ed erogare risorse per prevenire e indennizzare i danni alle produzioni agricole arretrati dalla fauna selvatica e dall'attività venatoria. Ne emerge un quadro legislativo regionale piuttosto articolato e complesso che intercetta e che deve necessariamente coordinarsi con il sistema degli aiuti di Stato frutto della politica unionale più recente²⁴.

Per anni, infatti, la dottrina e la giurisprudenza e, più in generale, gli operatori del settore, si sono interrogati circa la riconducibilità o meno delle erogazioni indennitarie previste dal fondo regionale in parola al novero dei c.d. "aiuti pubblici" stigmatizzati dall'UE, con tutto quel che ne consegue in ipotesi affermativa.

Fino ad un recente passato, ad una politica del Governo sostanzialmente assente sul tema faceva da contraltare una diffusa indifferenza delle Regioni perlopiù determinate ad erogare provvidenze pubbliche senza vincolo alcuno.

Successivamente, con l'aumentare della consapevolezza del problema evidenziato in sede comunitaria, se alcune Regioni "insistevano" nel voler erogare

tema, C.A. Graziani, *I danni da fauna selvatica tra risarcimento e indennizzo*, in N. Lucifero, *I danni all'agricoltura*, op. cit.; S. Carmignani, *Identità di vicende pregiudizievoli e differenza di qualificazioni giuridiche soggettive nel danno da fauna selvatica*, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 2000, 713 ss. In generale, sul tema, C. Salvi, *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, 1089 ss.; P. Perlingieri, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061 ss.; S. Ciccarello, voce *Indennità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, 2007, 99 ss.

²³ Meritevole di menzione è, a questo proposito, la pronuncia del TAR Piemonte, 22 gennaio 2019, n. 73, consultabile sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁴ Circa la complessa tematica dei c.d. aiuti di Stato, C. Malinconico, *Aiuti di Stato*, in M. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, Parte speciale, I, 55 ss.; C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; F. Martinelli, *Manuale di diritto dell'Unione europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*, Napoli, 2013, 324 ss.; G. Grasso, *Rassegna di giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di aiuti concessi agli Stati (2008-2013)*, I parte, in *Foro it.*, 2013, IV, 288 ss.; II parte, in *Foro it.*, 2013, IV, 345 ss.; B. Cortese, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Osservatorio Europeo sugli Aiuti di Stato*, Venezia, 2014; M. Basilavecchia, L. Del Federico, A. Pace, C. Verrigni, *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità fra norme interne e principi europei*, Torino, 2016; R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, op. cit.; A. Travi, *Note introduttive al tema degli aiuti di Stato*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, Milano, 2019, 3 ss.

gli indennizzi liberamente contestando in radice il loro assoggettamento ai vincoli dell'UE, altre – più prudentemente – (ri)calibravano il sistema indennitario regionale al regime *de minimis*, abbassando significativamente il livello di tutela assicurata.

Solo recentemente la situazione sembra essersi chiarita anche grazie ad una monolitica giurisprudenza del Supremo consesso amministrativo che ha avuto certamente il merito di sensibilizzare lo Stato centrale ad attivarsi fattivamente presso le istituzioni europee per addivenire quantomeno ad una gestione consapevole del fenomeno²⁵.

Nell'ambito del sistema delineato dagli art. 107 e 108 TFUE, gli indennizzi che qui occupano risultavano tradizionalmente inquadrati – ed inquadrabili – nel c.d. regime *de minimis* (regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione europea del 18 dicembre 2013)²⁶.

Nondimeno, con il documento informativo UE 204/C-2014/01 rubricato «Orientamenti dell'Unione Europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020» del luglio 2014, la Commissione UE ha inteso stabilire le «condizioni e i criteri in base ai quali gli aiuti per i settori agricolo e forestale e quelli per le zone rurali sono considerati compatibili con il mercato interno». Successivamente, con atto n. 2018/C403/06 pubblicata nella GUCE

²⁵ Cfr. la disposizione di cui all'art. 107 del TFUE, il cui primo paragrafo contiene la nozione di aiuti di Stato incompatibili (salvo deroghe contemplate dai Trattati) con il mercato interno. In capo agli Stati membri vige l'obbligo di notificare alla Commissione l'intenzione di adottare una misura suscettibile di tradursi in un aiuto di Stato.

²⁶ L'art. 107 cit., ai successivi paragrafi 2 e 3, prevede gli aiuti (automaticamente) compatibili con il mercato interno, quali, per esempio, gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori (a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti) e gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, e aiuti che possono essere considerati compatibili con il medesimo (previa autorizzazione della Commissione o del Consiglio). In altri termini, in forza dell'art. 107 TFUE, le misure di sostegno finanziario concesso mediante risorse statali, suscettibili di avvantaggiare talune imprese e incidere sulla concorrenza, sono in via di principio incompatibili con il diritto UE, salvo alcuni casi espressamente previsti (art. 107, paragrafi 2 e 3, TFUE). Il successivo art. 108 TFUE disciplina le modalità di notifica degli aiuti di Stato alla Commissione UE. Con il regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione europea del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del TFUE si prevede che gli aiuti *de minimis* rientrano nella categoria di aiuti dispensata dall'obbligo di notifica alla Commissione UE. Come si legge dal primo considerando del Regolamento UE 1408 cit., gli aiuti *de minimis* sono aiuti che non superano un importo prestabilito concessi a un'impresa unica in un determinato arco di tempo, non soddisfano tutti i criteri di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato e non sono soggetti alla procedura di notifica. Pertanto, al di sotto del massimale *de minimis*, l'aiuto di Stato è considerato compatibile con la politica UE. Il regime degli aiuti *de minimis* applicato al sistema delle erogazioni per i danni cagionati dalla fauna selvatica imponeva sino ad un recente passato il tetto massimo di 15.000 euro alle somme risarcitorie erogabili alle imprese agricole nell'arco di tre esercizi finanziari. Oggi, il regolamento (UE) 2019/316 della Commissione del 21 febbraio 2019 modifica il Regolamento (UE) n. 1408/2013, elevando il massimale dell'aiuto concesso a un'impresa unica nell'arco di un triennio a 20.000 euro.

del 9 novembre 2018, è stata emanata la Comunicazione della Commissione che modifica parzialmente gli «Orientamenti» predetti (2018/C 403/06)²⁷.

Secondo il documento informativo (Parte I, Capitolo 1, Paragrafi 2 e 4), malgrado il divieto generale, gli aiuti di Stato possono essere necessari per sovvenire alle carenze del mercato al fine di garantire un'economia ben funzionante ed equa giacché il trattato prevede la possibilità di concedere aiuti di Stato in relazione ad alcuni obiettivi politici. Per quanto riguarda in particolare il settore agricolo e forestale, chiariscono gli «Orientamenti», l'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del trattato prevede che siano compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali. Conformemente all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), la Commissione «può considerare compatibili con il mercato interno» gli aiuti di Stato destinati ad agevolare lo sviluppo economico dei settori agricolo e forestale e quello delle zone rurali, sempreché non alterino le condizioni degli scambi²⁸. In particolare il documento in esame enuclea i principi di valutazione e le condizioni in forza dei quali gli aiuti di Stato finalizzati a indennizzare i danni causati da animali protetti possono essere considerati compatibili con il mercato interno²⁹.

²⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione n. 2018/C403/06 pubblicata nella GUCE del 9.11.2018 (Comunicazione della Commissione che modifica gli orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020 (2018/C 403/06): «Gli orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020 sono modificati come segue al fine di rispondere meglio a talune considerazioni di politica ambientale: 1) il punto (155) è sostituito dal seguente: «Per quanto riguarda gli investimenti con obiettivi di prevenzione di cui al punto (143), lettera e), l'intensità massima di aiuto non può superare l'80%. Può essere tuttavia aumentata fino al 100 % se l'investimento è effettuato collettivamente da più beneficiari o se l'obiettivo è quello di prevenire i danni causati da animali protetti; 2) il punto (402) è soppresso; 3) il punto (403) è sostituito dal seguente: «L'aiuto e tutti gli altri pagamenti ricevuti a copertura dei danni, compresi i pagamenti nell'ambito di altre misure nazionali o dell'Unione o nell'ambito di polizze assicurative, devono essere limitati al 100 % dei costi ammissibili».

²⁸ Sempre secondo gli «Orientamenti», «la Commissione stabilisce le condizioni e i criteri in base ai quali gli aiuti per i settori agricolo e forestale e quelli per le zone rurali saranno considerati compatibili con il mercato interno e stabilisce i criteri per individuare le zone che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 107, paragrafo 3, del trattato. Per quanto riguarda gli aiuti concessi in virtù dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), la Commissione stabilisce le condizioni che saranno verificate al fine di determinare se una misura che costituisce un aiuto destinato a ovviare ai danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali rientra effettivamente in tale articolo».

²⁹ A tal proposito giova richiamare un ulteriore estratto della Parte II, Capitolo 1, Sezione 1.2.1.5. (Aiuti destinati a indennizzare i danni causati da animali protetti) laddove si precisa chiaramente che: «I danni ad attrezzature, infrastrutture, animali e piante causati da animali protetti costituiscono un problema sempre più diffuso. Il successo della politica di conservazione dell'Unione dipende in parte dalla gestione efficace dei conflitti tra gli animali protetti e gli allevatori. Di conseguenza, e nel rispetto del principio di proporzionalità, la Commissione considererà compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato gli aiuti destinati a indennizzare i danni causati da animali protetti se tali aiuti rispettano i principi di valutazione comuni dei presenti orientamenti e le condizioni di seguito indicate». Secondo quanto emerge alla Parte II, Capitolo 1, Sezione 1.2.1.5, degli «Orientamenti» in materia di costi ammissibili, punti n. 396 – 401, l'aiuto può coprire fino al 100% dei costi ammissibili.

Ferma la qualificazione degli indennizzi in termini di aiuto di Stato, alle misure erogate nell'ambito del regime *de minimis* di cui al Regolamento 2013 si è così affiancata la possibilità di misure c.d. "autorizzate", da considerarsi tuttavia distinte e, soprattutto, non cumulabili alle prime³⁰.

In sintesi, la citata disciplina eurounitaria prevede la possibilità di erogare contributi – laddove autorizzati – per danni alle produzioni agricole da animali selvatici protetti fino alla soglia del 100%, mentre per i danni da specie non protette, sembrerebbe possibile erogare gli aiuti esclusivamente in modalità *de minimis*³¹.

In data 7 dicembre 2015 la Commissione UE, richiesta di offrire l'interpretazione della disposizione contenuta nel documento «Orientamenti» in ordine ai danni causati da animali protetti, è intervenuta nuovamente in materia chiarendo che, conformemente agli «Orientamenti», sono compatibili con il mercato interno soltanto gli aiuti destinati ad ovviare ai danni causati dagli animali selvatici, protetti dalla normativa dell'Unione o della legislazione nazionale.

Gli aiuti nel settore agricolo che non rientrano in una delle categorie d'aiuto previste negli «Orientamenti» o che non soddisfano le condizioni ivi enunciate, invece, possono essere eventualmente concessi, conformemente alle condizioni di cui al regolamento (UE) n. 1408/2013 sugli aiuti *de minimis* nel settore agricolo³².

Alla luce di quanto sopra emerge dunque plasticamente come – quantomeno a far tempo dal 2014 – le istituzioni UE abbiano finalmente preso coscienza del problema e sostanzialmente accettato l'idea che i danni in parola possano

³⁰ Nella Parte I, Capitolo 3, punto 104, degli «Orientamenti» si afferma: «Gli aiuti autorizzati a norma dei presenti orientamenti non dovrebbero essere cumulabili con gli aiuti *de minimis* in relazione agli stessi costi ammissibili ove tale cumulo dia luogo a un'intensità di aiuto o un importo di aiuto superiori a quelli stabiliti nei presenti orientamenti».

³¹ Con riferimento alla dizione "animale protetto", il paragrafo 35.28 della Parte I, Capitolo II, Sezione 2.4, degli «Orientamenti» più volte menzionati reca la seguente definizione: «qualsiasi animale protetto dalla legislazione unionale e nazionale». Sul tema, prima dell'emanazione dei sopracitati «Orientamenti», cfr. la dichiarazione in data 26 febbraio 2014 resa dall'on. Dacian Cioloș, a nome della Commissione UE, riscontrando l'interrogazione scritta E-9973/2012 di Gaston Franco e Véronique Mathieu in ordine, *inter alia*, alle modalità di risarcimento dei danni arrecati dai cinghiali agli agricoltori. Sempre con riferimento al tema della corretta interpretazione della dizione "animale protetto", la Commissione UE, a seguito di un quesito posto dal Ministero dell'Ambiente, ha consentito l'estensione della nozione di specie protetta non soltanto a quelle specie di animali contemplati dalle direttive *Uccelli* ed *Habitat*, bensì in ogni caso a tutte le specie di animali selvatici presenti in un parco nazionale (ad es. lupo, cinghiali, cervi, caprioli ecc.), con il conseguente obbligo di procedere al risarcimento dei danni che siano eventualmente prodotti alle coltivazioni ed agli allevamenti presenti sui terreni agricoli o comunque arrecati a manufatti e opere approntate sui terreni agricoli (v. Ref. Ares (2016) 2356126 – 20 maggio 2016). Pertanto, i danni da cinghiale, o da cervidi, all'interno dei parchi nazionali sono considerati aiuti di Stato compatibili con il mercato interno e indennizzabili fino al 100%.

³² In termini a dir poco *tranchant*, conclude la Commissione: «Il risarcimento dei danni causati dalla fauna selvatica è considerato come aiuto di Stato indipendentemente dalla qualificazione giuridica di un simile risarcimento, che può variare da uno Stato membro all'altro. In effetti, la valutazione della qualificazione di aiuto di Stato viene effettuata dal punto di vista del beneficiario che riceve il risarcimento a prescindere dalla denominazione con la quale detto risarcimento è concesso dallo Stato».

essere “risarciti”, anche in forma diversa dal regime *de minimis*, ma a condizione che i singoli Stati membri e le imprese interessate adottino misure di prevenzione del fenomeno che siano proporzionate alla minaccia (vedasi il par. 1.2.1.5. degli «Orientamenti»). Anche in ambito comunitario avrebbe trovato applicazione il principio solidaristico dell’art. 2 Cost., e ciò sempre in ragione del fatto che la fauna selvatica costituisce un patrimonio della collettività e dunque tutti i cittadini debbono sopportare *pro quota* i danni prodotti dagli animali³³.

3. (Segue). *Le recenti indicazioni del Consiglio di Stato*

Il tema del rapporto tra il fondo previsto dall’art. 26 della l. 11 febbraio 1992, n. 157, strumento fulcro per le erogazioni a favore degli imprenditori agricoli, e la disciplina eurounitaria in materia di aiuti di Stato, si pone al centro di alcuni contenziosi avanti al giudice amministrativo definiti peraltro solo recentemente dal Consiglio di Stato in senso nettamente a favore dell’impostazione eurounitaria.

Che i giudici nazionali abbiano un ruolo specifico nel verificare il rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato è cosa ovvia e scontata³⁴. In particolare, il giudice amministrativo è oggi chiamato in primissima linea nell’*enforcement* della normativa eurounitaria³⁵.

In un tale quadro d’insieme emerge anzitutto una chiara indicazione della giurisprudenza amministrativa circa il riparto dei ruoli tra istituzioni UE, Stato e Regioni; emerge, altresì, una netta tendenza nel confermare l’assoggettabilità degli indennizzi da fauna selvatica al novero degli aiuti di Stato e, dunque, al rigoroso regime amministrativo per questi previsti dalle fonti unionali. Ed è proprio

³³ I titolari di aziende agricole in via diretta, ossia predisponendo adeguate misure di prevenzione, la collettività in via indiretta, ossia attraverso il pagamento dei tributi, una parte dei quali viene dallo Stato erogata alle imprese agricole per risarcire i danni che non è stato possibile elidere nemmeno apprestando le predette misure preventive.

³⁴ L’art. 133, comma 1, *z-sexies* del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. codice del processo amministrativo, oggi riconduce espressamente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell’art. 108, § 3, TFUE e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all’art. 16 del regolamento (UE) n. 2015/1589 a prescindere dalla forma dell’aiuto e dal soggetto che l’ha concesso. Restano attratte nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie risarcitorie portate dal *competitor* contro il beneficiario di aiuti illegittimi. La giurisdizione del giudice amministrativo si riaspande, peraltro, in relazione a possibili cause risarcitorie intentate contro lo Stato o sue articolazioni che abbiano concesso aiuti in violazione della normativa europea. Per tutti, cfr. R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, *op. cit.*; A. Travi, *Note introduttive al tema degli aiuti di Stato*, in E. Bruti Liberati, M. De Focattis, A. Travi (a cura di), *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, *op. cit.*

³⁵ R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, *op. cit.*

tale tendenza ad avere stimolato il Governo e le Regioni ad uscire dal loro torpore istituzionale con politiche attive finalmente consapevoli dell'importanza del tema.

Tra le altre decisioni giova menzionare alcuni arresti relativi al sistema regionale delle Marche particolarmente pertinenti giacché, a far tempo dagli anni 2012, tale legislatore ha assunto in materia di erogazione alle imprese agricole danneggiate un atteggiamento a dir poco oscillante spaziando da un sistema risarcitorio pieno – ovvero senza alcuna limitazione finanziaria, con l'erogazione di un importo corrispondente al danno integrale subito – ad un regime c.d. di *de minimis*.

Un primo caso certamente meritevole di menzione ha ad oggetto proprio lo scrutinio del giudice amministrativo di una deliberazione della giunta regionale volta a disporre il “passaggio di regime” con decorrenza dall'anno 2013, con evidente lagnanza delle imprese agricole danneggiate³⁶. Spicca una precisa e completa ricostruzione sistematica della evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto previsto dall'art. 26 della l. 11 febbraio 1992, n. 157, a cura del Consiglio di Stato fermamente convinto della natura tipicamente indennitaria alla stregua oramai di *jus receptum*, con consequenziale insussistenza dell'obbligo di corrispondere ai danneggiati l'integrale ristoro dei danni patiti³⁷.

Ancora più interessante si pone il capo della sentenza relativa al secondo motivo di gravame laddove le aziende appellanti hanno dedotto la violazione e falsa applicazione del Reg. UE 1408/2013 e degli artt. 107 e 108 TFUE, oltre al

³⁶ Cons. Stato, sez. III, 16 gennaio 2019, n. 394, conferma TAR Marche n. 871/2017, consultabile sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Come ricordato nella stessa sentenza, prima dell'introduzione della deliberazione impugnata in primo grado, le aziende agricole non avevano patito limitazioni finanziarie in relazione a questa tipologia di contributi, in quanto era stato erogato loro l'importo corrispondente al danno integrale subito. Nondimeno la Regione Marche non aveva mai notificato alla Commissione Europea le misure assunte in favore di tale categoria di imprenditori agricoli, non tenendo conto che tali misure potevano costituire aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE e che, come tali, necessitavano della previa notificazione alla Commissione UE. Dopo il rigetto del ricorso di primo grado le Parti arrivavano avanti al Consiglio di Stato per dedurre, in estrema sintesi, un primo motivo diretto a confutare la tesi della natura indennitaria dei contributi in questione, il secondo volto ad affermare la compatibilità di questa tipologia di contributi con l'ordinamento eurounitario. Secondo le aziende agricole ricorrenti in appello, vi sarebbe stata un'erronea applicazione, da parte del primo giudice, della l. n. 157/1992 e dell'art. 26 della l.r. n. 7/1995 rilevando che la Regione sarebbe tenuta a risarcire l'intero danno arrecato dalla fauna selvatica e non un mero contributo.

³⁷ Osserva lucidamente il Consiglio di Stato: «l'art. 26 della legge statale 11.2.1992 n. 157 prevede l'istituzione, a cura di ogni regione, di un fondo (...). L'istituzione del fondo trova la sua giustificazione razionale nell'esigenza di non gravare la P. A. di oneri indeterminati ed imprevedibili nel loro ammontare in relazione ad eventi che non sono ascrivibili a suoi comportamenti illegittimi, ma si collegano alla tutela di interessi superiori affidati alle sue cure, qual è quello alla protezione dell'ambiente naturale e, in particolare, della fauna selvatica [...] (cfr. Corte di Cassazione SS.UU. 29/9/2000 n. 1050; Cons. Stato, Sez. Terza, 26 agosto 2016 n. 3707)». Il Giudice ha, quindi, correttamente ricordato che tali principi sono stati avallati anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza 4 gennaio 2001 n. 4 laddove ha ritenuto «giustificato, in relazione all'art. 3 Cost., il regime di maggior favore che il legislatore ha voluto riservare agli imprenditori agricoli con il meccanismo degli indennizzi di cui alla L. n. 157/1992. Ne consegue che costituisce ormai *jus receptum* in giurisprudenza il riconoscimento della natura meramente indennitaria dei contributi erogati per il ristoro dei danni derivanti dalla fauna selvatica, e l'insussistenza dell'obbligo di corrispondere ai danneggiati l'integrale ristoro dei danni patiti».

vizio di eccesso di potere per sviamento contestando in radice la natura di aiuto di Stato per i contributi in questione.

Nondimeno il Consiglio conferma la qualificazione impressa alle erogazioni in parola siccome “accertata” dalla Commissione UE³⁸. Secondo il Collegio non può dunque porsi in dubbio tale natura, neppure sostenendo che si tratterebbe di contributi erogati in base a finanziamenti privati e non pubblici³⁹. Ne consegue, conclude il giudice, «che sussistono tutti i presupposti per la qualificazione dell’indennizzo come aiuto di Stato soggetto ad obbligo di notifica alla Commissione europea», pena l’illegittimità del contributo ed il conseguente obbligo di restituzione (oltre all’applicazione della clausola c.d. Deggendorf che vieta l’erogazione di aiuti di Stato ad imprese che devono restituire precedenti aiuti giudicati illegali ed incompatibili con le norme del Trattato da parte della Commissione), con conseguente piena legittimità della scelta della Regione Marche di optare per il regime del *de minimis*, in difetto di autorizzazione UE⁴⁰.

Con una seconda sentenza, ancora più recente, il Consiglio di Stato ritorna sull’argomento nell’ambito di un contenzioso avviato da imprenditori agricoli e titolari di aziende agricole operanti nei territori della Regione Marche danneg-

³⁸ Osserva il Consiglio: «varie regioni italiane hanno provveduto ad effettuare la notifica ex art. 108, paragrafo 3, del TFUE e la Commissione UE ha ritenuto che questa tipologia di contributi ricadono nel novero degli aiuti di Stato (cfr. decisioni della Commissione del 13/6/2016; del 27/11/2017; del 29/9/2017 versate in atti dalla Regione Marche). Anche il Ministero delle politiche agrarie alimentari e forestali, di concerto con il Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, ha provveduto alla notifica alla Commissione in data 6 giugno 2018 del provvedimento relativo alle «Modalità di concessione degli aiuti per gli indennizzi dei danni provocati da fauna selvatica omeoterma» (protocollato con il numero SA.51285)».

³⁹ Si legge nella sentenza in parola: «la Regione Marche ha infatti precisato che il fondo dal quale sono attinti i contributi è finanziato con denaro pubblico (oltre che con quello privato), in quanto la maggior parte del bilancio degli ATC è costituito da una percentuale delle somme derivanti dalle tasse di concessione regionale sulla caccia. Né possono assumere rilievo le ulteriori prospettazioni svolte dalle appellanti e giustamente respinte dal TAR (elencazione non tassativa degli aiuti, problematica relativa all’effetto incentivante, esaminate a p. 15 della sentenza di primo grado), tenuto anche conto che la natura di aiuto di Stato è stata già accertata dalla Commissione UE».

⁴⁰ Tutt’altro che di poco conto sembrano le considerazioni a chiusura della sentenza in rassegna, soprattutto sotto il profilo sistematico: nel negare le tesi secondo le quali la Commissione Europea avrebbe già ritenuto ammissibili le modalità risarcitorie per la zona del Gran Sasso, per la Regione Emilia Romagna e per la Regione Toscana eccedenti il regime del *de minimis* – in quei casi, infatti, vi è stata la notifica e la Commissione ha potuto esaminare tutti i presupposti in base ai quali è stata prevista l’erogazione del contributo prima di dichiararlo compatibile con la normativa euro unitaria – il Consiglio osserva come nel caso della Regione Marche sia mancata proprio la previa notifica ex art. 108 TFUE: di qui il ricorso al criterio del *de minimis* per evitare le sanzioni. Occorre considerare, infatti, che la previa notifica costituisce un obbligo per lo Stato e che il giudice nazionale non può sostituirsi alla Commissione per operare la verifica di compatibilità del regime con l’ordinamento dell’Unione Europea: «secondo la giurisprudenza consolidata i giudici nazionali non hanno il potere di dichiarare che una misura di aiuto di Stato è compatibile con l’art. 107.2 e 3 del TFUE (cfr. Corte di Giustizia UE 12/2/2008, causa C-199/06; 16/12/1992 causa C-17/91). Ne consegue che questo giudice non può valutare la conformità al Trattato UE di un contributo non notificato alla Commissione facendo riferimento ad un diverso provvedimento emesso da una differente regione (che potrebbe fondarsi anche sulla base di presupposti e regole differenti) che ha superato il vaglio della Commissione UE, in quanto il potere di verificare la liceità dell’aiuto di Stato spetta alla sola Commissione UE».

giati da ungulati per l'impugnazione della d.g.r. volta a revocare il previsto regime risarcitorio a favore del regime *de minimis* con un *plafond* massimo di 15 mila euro nell'arco di un triennio per tutti gli aiuti concessi dallo Stato ad ogni singola azienda agricola⁴¹.

Al centro del giudizio si pone, nuovamente, la scelta della Regione – secondo il giudice assunta presumibilmente al fine di evitare di incorrere in eventuali sanzioni per il caso in cui fosse ipotizzata la riconducibilità di tale normativa ad una qualche forma di aiuto di Stato – di applicare il regolamento *de minimis* nel settore dell'agricoltura anche ai danni arrecati dagli animali selvatici, scelta peraltro in via di autotutela oververosia revocando “ora per allora” una precedente d.g.r. di natura pienamente risarcitoria e fondata sull'assunto – poi superato dall'amministrazione regionale – che il risarcimento dei danni da fauna selvatica «non può essere considerato aiuto di Stato».

Orbene, anche in tale occasione, il Supremo consesso, dopo avere ricordato che costuisce ormai *jus receptum* in giurisprudenza il riconoscimento della natura meramente indennitaria dei contributi erogati per il ristoro dei danni derivanti dalla fauna selvatica e l'insussistenza dell'obbligo di corrispondere ai danneggiati l'integrale ristoro dei danni patiti, ha osservato – impiegando peraltro la solita formula di stile – che «sussistono tutti i presupposti per la qualificazione dell'indennizzo come aiuto di Stato soggetto ad obbligo di notifica alla Commissione europea, pena l'illegittimità del contributo ed il conseguente obbligo di restituzione». Di qui la decisione di valutare la scelta operata dalla Regione Marche di optare per il regime del *de minimis*, in difetto di autorizzazione UE, immune da vizi⁴².

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2019, n. 4411, conf. TAR Marche, sez. I, 4 maggio 2018, n. 352, consultabile sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In particolare i ricorrenti hanno impugnato dinanzi al TAR Marche la d.g.r. n. 309 del 3 aprile 2017, con la quale è stata revocata la d.g.r. n. 730/2016, avente ad oggetto «Danni da fauna selvatica. Disposizioni» – che qualificava i danni da fauna selvatica alle produzioni agricole come extracontrattuale e quindi non soggette alla regola del *de minimis* – ed è stato stabilito che, per gli anni 2013-2015, «valgono le disposizioni contenute nella d.g.r. n. 103 del 15 febbraio 2016» ovvero il regime *de minimis*. Come si legge in sentenza la d.g.r. n. 103 del 2016 era già stata oggetto di impugnazione, da parte delle appellanti insieme ad altre aziende agricole, con il ricorso n. 297/2016, respinto dal TAR Marche con sentenza 20 novembre 2017, n. 871, confermata dalla sez. III del Consiglio di Stato con sentenza n. 394 del 16 gennaio 2019.

⁴² La sentenza chiude evidenziando come la «Conferma della correttezza delle conclusioni alle quali è pervenuta la Sezione si rinvia nella Nota della Commissione Europea, Direzione Generale Agricoltura e Sviluppo Rurale, n. Ref. Ares(2017)5463163 del 9 novembre 2017, secondo cui gli indennizzi concessi dagli organi di gestione degli ATC con risorse trasferite loro dalla Regione costituiscono aiuti di Stato e pertanto devono essere concessi in conformità delle norme *de minimis* o notificati alla Commissione a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE». Con la sentenza n. 277/2016 (e nello stesso senso le pronunce nn. 246/2016 e 245/2016), TAR Marche ha scrutinato i provvedimenti con i quali la Regione Marche, avendo ritenuto di applicare in passato i regolamenti *de minimis* agli indennizzi erogati a favore degli agricoltori danneggiati da fauna selvatica a partire dall'anno 2005, aveva inteso dichiararne successivamente l'illegittimità (leggasi: illegalità) degli stessi in quanto elargiti in spregio alla normativa unionale con contestuale azione di recupero degli stessi a carico di tutte le aziende beneficiarie. Ai sensi dell'art. 1 lett. F del Regolamento CE n. 659/1999, si definisce “aiuto illegale” ogni nuovo aiu-

4. *Il “dogma” della qualificazione del fondo di indennizzo. Alcuni spunti di riflessione*

La giurisprudenza testé richiamata rappresenta un’occasione per svolgere alcune riflessioni in ordine alla qualificazione del fondo con finalità solidaristiche ex art. 26 l. 11 febbraio 1992, n. 157, come aiuto di Stato.

Tale assunto, presente in tutte le decisioni come un vero e proprio passaggio obbligato del ragionamento, non viene motivato particolarmente dal giudice amministrativo che si limita a liquidare frettolosamente la questione richiamando alcune decisioni della stessa Commissione UE in tal senso orientate⁴³.

Ciò nondimeno, anche e soprattutto a mente della *ratio* sottesa al divieto imposto in sede comunitaria, una siffatta qualificazione non sembra convincere rappresentando una forzatura – se non, addirittura, una stortura – interpretativa del significato stesso della nozione di aiuto. È vero che spetta esclusivamente alla Commissione l’esaminare se le misure di aiuto proposte siano compatibili con il Trattato, salvo naturalmente la sottoposizione della decisione relativa al sindacato della Corte generale e, in appello, della Corte di Giustizia, ma è parimenti vero che i giudici nazionali sono comunque chiamati a conoscere e a scrutinare la qualificazione come aiuto di Stato di una misura⁴⁴.

Prendendo le mosse dalla norma, l’art. 107 TFUE prevede che, «salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

Il principio sotteso al divieto è chiaro ovvero impedire che la provvidenza erogata, considerata e considerabile un “favore”, falsi o minacci di falsare il valore superiore tutelato dal Trattato, ossia la concorrenza.

In un’ottica europea, il fatto che gli Stati membri favoriscano determinati operatori economici, rispetto ad altri, rende non solo il funzionamento del mercato meno concorrenziale e, dunque, meno efficiente – mantenendo e agevolan-

to concesso in violazione dell’art. 108, terzo paragrafo, TFUE. La nozione di aiuto illegale ricomprende quindi ogni nuovo aiuto concesso in violazione sia dell’obbligo di notifica, sia dell’obbligo di sospensione.

⁴³ Tra le altre, si menzionano le decisioni della Commissione UE del 13 giugno 2016, del 27 novembre 2017, del 29 settembre 2017.

⁴⁴ Sul tema, tra gli altri, R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, *Rivista della Regolazione dei Mercati*, op. cit., 73; L. Daniele, *Private enforcement in materia di aiuti di Stato e ruolo dei giudici nazionali: la nuova Comunicazione della Commissione europea*, e A. Adinolfi, *L’applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali: gli strumenti di cooperazione stabiliti dalla Commissione europea e il loro rapporto con il rinvio pregiudiziale*, entrambi in C. Schepisi (a cura di), *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato, il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Torino, 2011, rispettivamente 159 e 175.

do alcuni soggetti economici a scapito di altri, magari più efficienti e performanti – ma mina anche le basi dell'unificazione dello stesso mercato interno. L'art. 108 del TFUE attribuisce alla Commissione europea il compito di controllare gli aiuti di Stato e impone agli Stati membri l'obbligo di informare preventivamente la Commissione di ogni progetto volto a istituire aiuti, affinché lo dichiari compatibile, o meno, con il TFUE.

Le norme UE in materia di aiuti di Stato prevedono che un trasferimento di denaro, o altro vantaggio economico, da parte di una pubblica amministrazione, o soggetto pubblico, a un'impresa – pubblica o privata – costituisca un aiuto di Stato, laddove ricorrano determinate condizioni giacché non tutte le misure pubbliche e non tutti i trasferimenti di risorse costituiscono aiuti di Stato; sono considerati “favori” quelli che rispondono a determinate caratteristiche e sono, perciò, suscettibili di comportare effetti distorsivi e dannosi per il corretto funzionamento del mercato⁴⁵. In particolare, si è in presenza di aiuto di Stato, a norma dell'art. 107, comma 1, del TFUE, laddove siano rinvenibili le ormai note quattro condizioni cumulative rappresentate dal trasferimento di risorse statali, dal vantaggio economico concorrenziale, dalla selettività della misura, dall'effetto sulla concorrenza e sul commercio.

Ebbene, proprio alla luce delle predette condizioni, la scelta di ricondurre il fondo *ex art.* 26, l. 11 febbraio 1992, n. 157, o, meglio, le provvidenze da questo erogate, alla nozione di “aiuto” suscita perplessità.

Premesso che la disciplina degli aiuti di Stato rappresenta un complesso – e non sempre intellegibile – intreccio di divieti, esenzioni ed autorizzazioni, avente l'obiettivo di impedire che benefici pubblici (di qualsiasi natura) disposti in favore delle imprese nazionali determinino barriere all'integrazione europea, causando un danno rilevante sull'economia di un determinato settore produttivo o merceologico, gli indennizzi in parola, nella loro dimensione tipicamente surrogatoria del risarcimento tradizionale, non sembrano idonei a determinare gli effetti distorsivi predetti.

Nel caso fondo, non solo una quota parte delle risorse erogate non è comunque di provenienza pubblica⁴⁶ ma – soprattutto – non sembra potersi rinvenire il “beneficio economico” (che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato) idoneo a falsare la concorrenza stigmatizzato dall'UE.

Focalizzandosi sugli effetti della misura, appare evidente che non si tratta di liberare dai costi inerenti alle loro attività economiche gli operatori quanto piut-

⁴⁵ Per una ampia trattazione del tema, A. Travi, *Note introduttive al tema degli aiuti di Stato*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi, (a cura di), *Gli aiuti di Stato. La tutela del consumatore*, *op. cit.*, 2019, 3 ss.; S. Armati, *La nozione di aiuto di stato*, Formez PA, Roma, 2017.

⁴⁶ Parte del fondo è coperto da fondi privati *ex lege* ovvero di provenienza dall'attività venatoria.

tosto di rimuovere una situazione di svantaggio determinata da un evento dannoso riconducibile alla responsabilità proprio dello Stato soggetto erogatore.

Nel caso del fondo, infatti, lo Stato assume il ruolo di erogatore non come amministrazione pubblica che dispensa provvidenze ma come soggetto “responsabile” di un danno chiamato a ristorare i cittadini colpiti. E la differenza sembra tutt’altro che di poco conto.

Per quanto riguarda la distorsione (anche solo potenziale) della concorrenza, si ritiene che una misura concessa dallo Stato falsi o minacci di falsare la concorrenza quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale dell’impresa beneficiaria nei confronti di altre imprese concorrenti: nel caso di specie l’impresa agricola indennizzata non vede migliorata la sua posizione rispetto agli altri *competitors* quanto piuttosto viene messa in condizioni di permanere sul mercato stante il nocumento cagionato da “beni” dello Stato.

A ben vedere il problema della concorrenza non si rinviene né a livello nazionale (posto che l’accesso al fondo è generalizzato) né, tantomeno, a livello eurounitario giacché l’indennizzo tiene luogo del risarcimento tradizionale assumendo pertanto una portata di fatto neutrale rispetto ai diversi sistemi di ristoro previsti da ciascun Stato membro per i danni cagionati da fauna selvatica.

Ecco che allora, in una prospettiva di sistema, forse si può – o, addirittura, si deve – auspicare una più attenta rimediazione del “dogma” affermato in sede comunitaria sugli indennizzi per i danni prodotti dalla fauna selvatica che, concettualmente, sembrano essere altra cosa dall’aiuto di Stato.

Del resto depone a favore di una siffatta conclusione la stessa casistica affastellatasi negli anni la quale porta esempi di finanziamenti pubblici a favore di privati operatori economici nei vari comparti (si va dal trasporto ferroviario a quello marittimo, dalle telecomunicazioni agli insediamenti industriali) totalmente diversi dalle erogazioni del fondo *ex art.* 26 l. 11 febbraio 1992, n. 157, sia sotto il profilo della causa, dello scopo ma anche – e, soprattutto – degli effetti dell’intervento dello Stato⁴⁷.

5. *Considerazioni conclusive*

Si è detto che la giurisprudenza amministrativa ha avuto il merito di ricordare in più occasioni che spetta allo Stato e, a seguire, alle singole realtà regionali, il compito di attivarsi fattivamente per assicurare un adeguato ristoro al danno sofferto dalle imprese agricole superando eventualmente i diversi sistemi regionali improntati al regime *de minimis* con la consapevolezza oramai pacifica che per

⁴⁷ Per una rassegna generale, R. Caranta, *Vintage 2018: gli aiuti di Stato protagonisti davanti al giudice amministrativo*, *Rivista della Regolazione dei Mercati*, *op. cit.*, 73 ss.

l'UE l'indennizzo previsto dall'art. 26 della l. 11 febbraio 1992, n. 157, debba necessariamente essere considerato come aiuto di Stato *tout court*, indipendentemente dalla qualificazione giuridica formalmente data.

La stessa giurisprudenza nazionale afferma oramai ciclicamente come spetti solo alla Commissione UE la valutazione circa la "compatibilità" degli aiuti di Stato con il mercato interno, escludendo qualsivoglia margine di manovra domestico in materia.

Ciò posto, che in un Paese come l'Italia con un patrimonio faunistico selvatico in continua crescita – anche a causa di politiche pubbliche di contenimento talvolta piuttosto discutibili – un sistema di erogazioni improntato al regime *de minimis* sia uno strumento inadeguato, è cosa ovvia e scontata.

Ecco che allora, fermo quanto appena detto, deve essere vista con favore la recente presa di coscienza dello Stato il quale – dopo avere lasciato per anni il tema in balia delle Regioni⁴⁸ con esiti talvolta disastrosi – si è finalmente attivato cogliendo, con oltre sei anni di ritardo, l'apertura seppur condizionata delle Istituzioni UE⁴⁹. Facendosi finalmente parte attiva, sulla base degli orientamenti comunitari, in esito ai lavori di uno specifico tavolo tecnico interistituzionale il MIPAF, di concerto con il MATTM, ha provveduto in data 6 giugno 2018 a trasmettere alla Commissione europea lo schema di decreto da utilizzare come base giuridica per la notifica, da parte degli Enti concedenti, del regime nazionale sui danni da fauna selvatica protetta. Con decisione C (2019) 772 del 29 gennaio 2019, la Commissione Europea ha informato il Governo italiano di non sollevare obiezioni nei confronti del regime di aiuti notificato e, conseguentemente, con nota 9791 del 26 febbraio 2019 il MIPAF ha comunicato di aver attivato la procedura per la trasmissione alla Conferenza unificata dello schema di decreto interministeriale, che costituisce la base giuridica del regime di aiuto.

Detto regime di aiuto, concernente sia l'indennizzo dei danni da fauna selvatica protetta sia gli investimenti per la prevenzione degli stessi danni, costituisce uno schema quadro nazionale che potrà quindi essere attivato e declinato dalle Regioni, Province autonome e Enti gestori delle aree protette nazionali in alternativa al regime *de minimis*, applicato finora ai fini della corresponsione degli indennizzi e dei contributi per la relativa prevenzione.

In un periodo relativamente breve le singole amministrazioni regionali potranno dunque superare il regime *de minimis* assicurando ai propri cittadini una tutela indennitaria quanto più possibile vicina al risarcimento pieno. Nel-

⁴⁸ Le quali «si devono limitare a conformare la propria legislazione alla normativa di cornice dettata dallo Stato, la quale normativa è informata al principio solidaristico di cui agli artt. 2 e 3 Cost.».

⁴⁹ Cfr. gli «Orientamenti dell'UE per gli aiuti di Stato nel settore agricolo 2014/2020, pubblicati sulla G.U.C.E. del 1° luglio 2014» secondo i quali occorre che i singoli Stati membri e le imprese interessate adottino misure di prevenzione del fenomeno che siano proporzionate alla minaccia (vedasi il par. 1.2.1.5).

la medesima ottica è ragionevole auspicare l'alleggerimento degli oneri istruttori posti a carico dei soggetti lesi, la semplificazione dei procedimenti amministrativi finalizzati alla richiesta e all'ottenimento di somme a titolo di ristoro e, *last but not least*, lo stanziamento sistematico di risorse finanziarie sui vari fondi regionali.

Ciò anche in ragione del fatto che – comunque – nonostante il “dogma” imposto dalla Commissione Europea, la tesi che le erogazioni indennitarie di natura solidaristica debbano essere ricondotte alla categoria degli aiuti di Stato non sembra convincere affatto tenuto conto della sostanziale “alternatività” esistente tra meccanismo risarcitorio giurisdizionale e meccanismo indennitario.

Il fatto poi che nel caso del fondo lo Stato assuma il ruolo di erogatore non come amministrazione pubblica che dispensa provvidenze ma come soggetto “responsabile” di un evento dannoso chiamato a ristorare i cittadini colpiti potrebbe rappresentare un valido elemento per rimettere in discussione l'argomento in sede comunitaria.

L'idea che sia sostanzialmente il privato a sopportare il rischio di danni che è connaturale alla presenza di animali selvatici a causa di un meccanismo risarcitorio lento, farraginoso e – soprattutto – gravoso, è a dir poco inaccettabile sicché sono le forme alternative di tutela a dover essere valorizzate.

Ecco perché, nell'ambito di riforme domestiche della disciplina di settore che sappiano sempre di più coniugare, l'interesse generale della collettività alla tutela degli animali selvatici con quello particolare dei danneggiati, la via tracciata dal legislatore nazionale nel lontano 1977 sembra ancora oggi essere quella giusta da seguire.

Gli indennizzi per i danni cagionati dalla fauna selvatica alla produzione agricola nell'ambito del sistema sugli aiuti di Stato. Luci e ombre di un dialogo tra formanti interni e il diritto UE

Lo studio intende affrontare criticamente il tema degli indennizzi dei danni cagionati dalla fauna selvatica alla produzione agricola previsti dall'ordinamento italiano nell'ambito del sistema degli aiuti di Stato di matrice eurounitaria. La questione relativa al rapporto intercorrente tra il fondo *ex art. 26* della l. 11 febbraio 1992, n. 157, e la disciplina UE costituisce oggetto di analisi approfondita attingendo alla normativa eurounitaria, così come interpretata dalle istituzioni UE, e alla giurisprudenza nazionale, con particolare attenzione alle indicazioni rese dal Consiglio di Stato. L'analisi rappresenta un'occasione di riflessione sulla scelta dell'UE di ricondurre il fondo con finalità solidaristica al novero dei "favori" idonei a falsare o minacciare di falsare la concorrenza. All'esito dell'indagine condotta emerge un quadro sistematico articolato e complesso caratterizzato da un Governo centrale finalmente artefice di una politica nazionale volta a superare il regime *de minimis* per assicurare ai cittadini danneggiati un ristoro il più possibile soddisfacente.

Compensation for damage caused by wildlife to agricultural production under the State aid scheme. Lights and shadows of a dialogue between internal factors and EU law

The study aims to critically address the issue of compensation for damage caused by wildlife to agricultural production under the Italian system of State aid in the European Union. The issue concerning the relationship between the fund under Article 26 of Law No 157 of 11 February 1992 and the EU rules is the subject of in-depth analysis, drawing on the EU legislation as interpreted by EU institutions, and on national case law, with particular attention to the indications given by the State Council. The analysis represents an opportunity to reflect on the EU's choice to bring the fund back to the list of 'favours' capable of distorting or threatening to distort competition. The outcome of the investigation carried out reveals a systematic and complex picture characterised by a central government that has finally created a national policy designed to overcome the *de minimis* regime in order to ensure the most satisfactory possible compensation for affected citizens.

Alcune riflessioni sui provvedimenti di carattere ripristinatorio adottati in materia di edilizia e urbanistica

Anna Porporato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Non doverosità della comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio e inutilità della partecipazione al relativo procedimento secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza. – 3. Critica all'orientamento giurisprudenziale che nega la doverosità della comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio e disconosce l'utilità della partecipazione nella fase istruttoria del relativo procedimento. – 4. Ragioni di carattere sistemico a fondamento della necessità del rispetto delle garanzie partecipative nel procedimento ripristinatorio. – 5. Il ricorso allo strumento pattizio quale strada per valorizzare la portata rimediale delle misure ripristinatorie e incentivarne l'esecuzione da parte dei soggetti obbligati.

1. *Premessa*

Da tempo la giurisprudenza si mostra altalenante con riguardo ai provvedimenti di carattere ripristinatorio adottati in materia di edilizia ed urbanistica e, segnatamente, con riferimento all'ordine di demolizione e di rimozione per le ipotesi di opere realizzate *sine titulo* oppure in difformità dallo stesso, in merito alla doverosità della comunicazione d'avvio del relativo procedimento e alla necessità ed utilità della partecipazione allo stesso da parte dei soggetti destinatari di tali misure.

Due, infatti, sono gli orientamenti giurisprudenziali, dei quali si darà conto, che a tal proposito si sono delineati. L'uno, che si può definire l'orientamento maggioritario, sul presupposto della natura vincolata che caratterizzerebbe i provvedimenti di ripristino, esclude la doverosità della comunicazione d'avvio del relativo procedimento, considerando inutile la partecipazione allo stesso da

parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti ripristinatori e l'altro, che rappresenta l'orientamento minoritario, che, viceversa, attraverso il riconoscimento di spazi di discrezionalità e, segnatamente, di discrezionalità tecnica, nell'esercizio dell'attività vincolata, spazi all'interno dei quali la partecipazione procedimentale, in chiave contraddittoria o cooperativa, potrebbe rivelarsi di particolare utilità ai fini dell'adozione del provvedimento finale di carattere ripristinatorio, riconosce la necessità che sia rispettata la regola della comunicazione d'avvio del relativo procedimento. Aderendo alla tesi minoritaria che ritiene imprescindibile il rispetto delle garanzie partecipative anche nell'ambito dei procedimenti di ripristino, si cercherà di valutare, compiendo un passo ulteriore, se, e sotto quali profili, il ricorso allo strumento consensuale dell'accordo integrativo del provvedimento di ripristino possa contribuire a realizzare più pienamente la portata rimediale che sarebbe propria delle misure ripristinatorie.

2. *Non doverosità della comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio e inutilità della partecipazione al relativo procedimento secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza*

Con riguardo ai provvedimenti ripristinatori adottati in materia di edilizia ed urbanistica nelle ipotesi di opere realizzate *sine titulo* oppure in difformità dallo stesso, dal carattere vincolato che sarebbe proprio di tali provvedimenti e per il cui accertamento, ad avviso dei giudici amministrativi, non si renderebbero necessarie valutazioni discrezionali, deriverebbe sia la non doverosità della comunicazione di avvio del procedimento, prevista dall'art. 7, l. 241/1990¹, che l'irrelevanza della partecipazione al relativo procedimento da parte dei soggetti destinatari delle misure ripristinatorie. In particolare, in ordine ai procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti aventi carattere ripristinatorio, giustificerebbe l'omissione della comunicazione d'avvio del procedimento prevista dall'art. 7, l. 241/1990 la circostanza secondo cui in tali procedimenti non sarebbe richiesto l'accertamento di circostanze di fatto suscettibili di vario apprezzamento, risultando, di conseguenza, non necessario garantire al privato la possibilità di prospettare fatti ed argomenti in suo favore².

Sotto un diverso profilo, sarebbe il carattere tipizzato del procedimento relativo alle misure repressive degli abusi edilizi, procedimento oggetto di espressa

¹ Tar Liguria, Genova, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 170; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 314; Tar Toscana, sez. III, 10 dicembre 1997, n. 599, tutte in <https://www.iusexpolrer.it>; Tar Umbria, 11 maggio 1994, n. 169, in *Foro amm. Tar*, 1994, I, 2176.

² Tar Campania, sez. IV, 24 giugno 1998, n. 2082, in *Tar*, 1998, I, 3343; Tar Toscana, sez. I, 5 maggio 1994, n. 308, in *Tar*, 1994, I, 2606 e Tar Toscana, sez. III, 10 dicembre 1997, n. 599, cit.

previsione legislativa, a determinare la non applicabilità ad esso della normativa individuata dalla l. 241/1990, la quale prevede l'obbligo di comunicazione dell'inizio del procedimento in capo all'amministrazione procedente³.

La non doverosità della comunicazione di avvio del procedimento per i provvedimenti di carattere ripristinatorio è stata affermata con riguardo alle diverse ipotesi di abusi edilizi disciplinate nel Testo unico in materia di edilizia. Così è stato ritenuto in ordine alle tipologie di abusi edilizi previste nella disposizione di cui all'art. 31, T.u.ed. e consistenti in interventi edilizi eseguiti in assenza di titolo abilitativo, in totale difformità dallo stesso e con variazioni essenziali rispetto al medesimo, interventi che determinano una modificazione morfologica del territorio e un mutamento rilevante dell'assetto urbanistico-edilizio⁴.

Vengono poi considerati sottratti all'obbligo dell'avviso di avvio del procedimento i casi nei quali il titolo, seppur ottenuto, è divenuto invalido o inefficace, sia per decorso dei termini di inizio e conclusione dei lavori, che nelle ipotesi in cui sia stato annullato dall'amministrazione comunale in autotutela o da parte della regione ai sensi dell'art. 39, T.u.ed., in quanto si tratterebbe di casi equiparati alla fattispecie dell'attività edilizia esercitata in assenza di titolo, da assoggettare, di conseguenza, alle relative misure ripristinatorie e sanzionatorie⁵.

Anche con riferimento al provvedimento con cui viene irrogata la misura ripristinatoria stabilita dall'art. 33 c. 1, T.u.ed., consistente nella rimozione o demolizione degli interventi e delle opere di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza di permesso di costruire o in totale difformità da esso e nella conformazione degli edifici alle prescrizioni degli strumenti urbanistico-edilizi, a fronte di interventi di ristrutturazione edilizia realizzati in assenza del permesso di costruire, ovvero in totale difformità dallo stesso⁶, la giurisprudenza riconosce la natura di atto vincolato, cioè di atto dovuto in conseguenza dell'accertamento del carat-

³ Tar Puglia, sez. II, 28 marzo 1998, n. 349, in <https://www.iusexpolver.it>.

⁴ La disposizione di cui all'art. 31, T.u.ed. fa riferimento agli interventi di trasformazione edilizia che consistono in una nuova costruzione, in una ristrutturazione urbanistica nonché in una ristrutturazione edilizia con aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti e delle superfici e riguarda esclusivamente gli immobili compresi nelle zone omogenee A, con mutamento di destinazione d'uso. In tal senso cfr.: Tar Campania, Napoli, sez. VI, 4 dicembre 2013, n. 5519, in *Foro amm. Tar*, 2013, 12, 3815 (s.m.); Tar Umbria, Perugia, sez. I, 2 luglio 2013, n. 358, ivi, 2013, 7-8, 2288 (s.m.); Tar Campania, Napoli, sez. III, 1° giugno 2012, n. 2616, ivi, 2012, 6, 2025 (s.m.); R. Ursi, *Commento all'art. 27, del T.u.ed.*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 675.

⁵ G. Avanzini, *Sulla decadenza della concessione edilizia per decorso dei termini di inizio lavori: natura, effetti e vizi di legittimità*, (Nota a Cons. Stato, V, 6 giugno 1996, n. 680), in *Riv. giur. urb.*, 1996, 405; F. Vetrò, *Commento all'art. 31 del T.u.ed.*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 754.

⁶ Sono le c.d. ristrutturazioni edilizie pesanti, per la cui esecuzione è richiesto il rilascio del permesso di costruire, ovvero la presentazione della "d.i.a. facoltativa" o ("super d.i.a.") e che, ai sensi dell'art. 10, c. 1, lett. c), T.u.ed., «portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e (che) comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché per gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili vincolati».

tere abusivo dell'opera e fa derivare da tale riconoscimento la duplice affermazione della non necessarietà della previa comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio⁷ e della inutilità dell'apporto partecipativo del privato destinatario della misura repressiva⁸.

La non sussistenza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio è stata riconosciuta anche con riguardo all'adozione della misura ripristinatoria costituita dalla demolizione e dal ripristino dello stato dei luoghi prevista dal c. secondo dell'art. 27, T.u.ed. per l'ipotesi in cui siano stati accertati l'inizio e l'esecuzione di opere senza titolo su aree assoggettate a specifici vincoli. Si tratta, secondo l'interpretazione offerta sulla base della lettura combinata dei c. due e tre dell'art. 27, T.u.ed., dei casi di realizzazione *sine titulo* di opere su aree comunque assoggettate dalle leggi speciali o dagli strumenti urbanistici a vincolo di inedificabilità⁹.

Anche in ordine agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, disciplinati dalla disposizione di cui all'art. 34, T.u.ed., i quali rappresentano una "categoria residuale" rispetto alle previsioni contenute negli artt. 31 e 33, T.u.ed., ed in quanto tale comprensiva di tutti gli interventi che non possono essere considerati rientranti nelle ipotesi disciplinate dalla normativa contenuta nel Testo unico edilizia o nei casi che la normativa regionale valuta come variazioni essenziali¹⁰, si è posta la questione se sia necessaria o meno la comunicazione di avvio del relativo procedimento e la risposta è stata nel senso della non necessarietà della comunicazione d'avvio del procedimento ove ricorrano le citate ipotesi a motivo della natura vincolata del provvedimento repressivo¹¹.

Con riguardo, in particolare, sia all'ipotesi di cui all'art. 34, T.u.ed., relativa ad interventi parzialmente difformi dal permesso di costruire, che all'ipotesi di cui all'art. 33, T.u.ed., relativa ad interventi di ristrutturazione edilizia realizzati in assenza di permesso di costruire o in totale difformità dal medesimo, è stato evidenziato che l'ordine di rimozione o demolizione adottato dal dirigente

⁷ *Ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 23 marzo 1998, n. 358, in *Foro amm. Cds*, 1998, 767 (s.m.), in Cons. Stato, 1998, I, 454 e in *Urb. e app.*, 1998, 559; Id., 24 novembre 1997, n. 1365, in *Vita not.*, 1998, 872.

⁸ *Ex multis*: Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2012, n. 282, in *Foro amm. Cds*, 2012, I, 92 (s.m.); Tar Piemonte, sez. I, 24 maggio 2006, n. 2187, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁹ Nello specifico dovrebbe, quindi, trattarsi delle seguenti ipotesi: aree che le leggi statali o regionali, o altri atti idonei a disciplinare la materia urbanistica, assoggettano a vincolo di inedificabilità; aree destinate ad opere e spazi pubblici; aree destinate ad interventi di edilizia residenziale pubblica; aree assoggettate a vincolo idrogeologico (r.d. 3267/1923); aree appartenenti a usi civici (l. 1766/1927); e aree oggetto di tutela in quanto beni culturali di cui al d.lgs. 490/1999 (ora d.lgs. 42/2004). In tal senso: R. Ursi, *Commento all'art. 27 del T.u. ed.*, cit., 674.

¹⁰ C. Iaione, *Commento all'art. 34 del T.u.ed.*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 840; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5926, in *Riv. giur. polizia*, 2002, 212 (s.m.); Id., 17 ottobre 1980, n. 834, in *Riv. giur. edilizia*, 1980, I, 1018 (s.m.).

¹¹ Tar Marche, Ancona, sez. I, 12 ottobre 2006, n. 824, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

o dal responsabile dell'ufficio avrebbe natura e funzione di diffida¹² e svolgerebbe la funzione di un atto a carattere monitorio, avente lo scopo di invitare il trasgressore ad eliminare l'abuso edilizio, con la conseguenza che l'ordine non dovrebbe essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento in quanto sarebbe «lo stesso “ordine di demolizione” a realizzare lo scopo di garantire la partecipazione procedimentale dell'interessato»¹³. Tale lettura, che sarà oggetto di analisi critica nel prossimo paragrafo, non disconosce la necessità che sia assicurato il rispetto delle garanzie partecipative nell'ambito del procedimento diretto all'adozione dei provvedimenti di ripristino ma ritiene che per il pieno rispetto delle stesse non sia necessaria l'adozione dell'atto tipizzato dalla norma dell'art. 7, l. 241/1990 costituito dalla comunicazione d'avvio del procedimento.

A giustificare l'affermazione della non necessità della comunicazione di avvio del procedimento di carattere ripristinatorio ai soggetti interessati, ove ricorrano le ipotesi di abuso edilizio menzionate, vi sarebbe, oltre alla natura vincolata del provvedimento di ripristino, anche l'operatività dell'art. 21 *octies*, c. 2, cpv 2, l. 241/1990¹⁴ che, come noto, prevede la non annullabilità del provvedimento per mancata comunicazione d'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Inoltre, in particolare, è stato osservato che «seppure si aderisse all'orientamento che ritiene necessaria tale comunicazione anche per gli ordini di demolizione, troverebbe comunque applicazione anche il cpv 1, c. 2, art. 21 *octies* nella parte in cui dispone che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento [...] qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»¹⁵.

Come anticipato nella premessa del contributo, secondo un opposto orientamento giurisprudenziale, minoritario, la comunicazione dell'avvio del procedimento sarebbe necessaria ai sensi della disposizione di cui all'art. 7, l. 241/1990 anche con riferimento ai provvedimenti di demolizione di opere abusive, i quali in mancanza della stessa risulterebbero illegittimi¹⁶, in tutti i casi in cui la partecipazione del privato, la quale dovrebbe essere assicurata anche nella fase degli accertamenti che precedono l'adozione dei provvedimenti vincolati, potrebbe

¹² Tar Lazio, Roma, sez. I, 17 aprile 2007, n. 3327, in <https://www.iusexplorer.it>, relativamente alla disposizione dell'art. 33, T.u.ed., Tar Campania, Napoli, sez. VII, 5 giugno 2008, n. 5244, in <https://www.iusexplorer.it>. e Tar Piemonte, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, relativamente alla disposizione dell'art. 34, T.u.ed..

¹³ Tar Piemonte, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, cit.

¹⁴ *Ex multis*: Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2017, n. 1061, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>; Cons. Stato, sez. VI, 12 agosto 2016, n. 3620, in *Foro amm. Cds*, 2016, 7-8, 1800 (s.m.); Tar Piemonte, sez. I, 10 maggio 2006, n. 2026, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁵ Tar Campania, Napoli, sez. IV, 17 gennaio 2014, n. 314, cit.

¹⁶ Tar Campania, Napoli, sez. II, 7 febbraio 2005, n. 875 in *Giur. merito*, 2005, 4, 965.

essere utile ai fini della conoscenza di circostanze ed elementi che potrebbero anche indurre l'amministrazione ad adottare un provvedimento dal contenuto diverso¹⁷. Inoltre, la natura vincolata di un provvedimento non dovrebbe escludere l'obbligo dell'avviso dell'avvio del procedimento quando i presupposti del provvedimento – ordine di demolizione –, pur essendo stabiliti in modo preciso e puntuale dalle norme, richiedano comunque un accertamento, nel cui ambito dovrebbe essere garantita al privato la possibilità di prospettare fatti ed argomenti idonei ad incidere, in termini a lui favorevoli, sul provvedimento finale¹⁸.

Peraltro, il «canone antiformalistico» che si è tradotto nella dequotazione dei vizi formali introdotta dall'art. 21 *octies*, l. 241/1990, dovrebbe essere considerato recessivo anche con riguardo ai procedimenti preordinati all'emanazione di ordinanze di demolizione di opere edilizie realizzate *sine titulo*, in tutti i casi in cui solo la partecipazione dell'interessato, in chiave cooperativa o contraddittoria, potrebbe garantire che gli accertamenti, le misurazioni, le verifiche ed i riscontri possano essere valutati in coerenza con l'affidamento riconnesso al consolidato *status quo ante*¹⁹.

Delle ragioni per cui si ritiene di dover aderire all'orientamento minoritario si darà conto nei paragrafi successivi.

3. *Critica all'orientamento giurisprudenziale che nega la doverosità della comunicazione dell'avvio del procedimento ripristinatorio e disconosce l'utilità della partecipazione nella fase istruttoria del relativo procedimento*

Per più di una ragione, come di seguito si tenterà di spiegare, si ritiene di non poter aderire alla posizione assunta dalla maggioranza della giurisprudenza che, attraverso il riconoscimento del carattere vincolato dei provvedimenti repres-

¹⁷ Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 marzo 2008, n. 157, in <https://www.iusexpolrer.it>. Muovendo dalla finalità della regola procedimentale di cui all'art. 7, l. 241/1990, consistente nell'esigenza di garantire piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione, esigenza che viene soddisfatta mediante la partecipazione del destinatario dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione, il giudice di prime cure ha concluso nella direzione della necessità dell'avviso di avvio del procedimento sia in caso di atti vincolati, sia quando il provvedimento conclusivo produca, comunque, effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica del destinatario. Inoltre, atteso che la vicenda oggetto della pronuncia ricade sotto il regime dell'art. 38, T.u.ed., relativo agli interventi eseguiti in base a permesso annullato, il quale prevede la possibilità di soluzioni alternative, non potrebbe invocarsi l'applicazione dell'art. 21 *octies*, l. 241/1990 in quanto non si tratterebbe di un caso in cui il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso. Infatti, a mente dell'art. 38, in caso di annullamento del permesso di costruzione, sono possibili tre alternative: rimozione dell'opera divenuta abusiva, sanabilità della stessa mediante la rimozione dei vizi delle procedure amministrative, applicazione di una sanzione pecuniaria quando non sia tecnicamente possibile la rimozione dell'opera abusiva o dei vizi procedurali.

¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2003, n. 1357, in <https://www.iusexpolrer.it>. e in *Foro amm. Cds*, 2003, 6, 1921 (s.m.) con nota di M.C. Romano, *L'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*. La sentenza riguarda l'adozione di un ordine di ripristino della destinazione d'uso di un immobile di proprietà.

¹⁹ Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 agosto 2017, n. 1359, in <https://www.iusexpolrer.it>.

sivi degli abusi edilizi, i quali si fonderebbero, di conseguenza, esclusivamente sull'accertamento tecnico della consistenza delle opere realizzate e del carattere abusivo delle stesse, ritiene che non sia doverosa la comunicazione d'avvio del procedimento e che non siano configurabili, per il tramite della partecipazione al procedimento, apporti di una qualche utilità da parte dei soggetti destinatari delle misure di ripristino²⁰.

Un primo rilievo critico che si può muovere alla citata tesi giurisprudenziale si fonda sulla circostanza di fatto per cui la soluzione prospettata si traduce in realtà nell'introduzione di un'ulteriore eccezione, rispetto a quelle consentite dal legislatore, all'applicazione delle norme sulla partecipazione, eccezione che non sarebbe giustificabile sotto il profilo delle ragioni di celerità e neppure sarebbe riconducibile alle ipotesi previste all'art. 13, l. 241/1990.

Parte della giurisprudenza ha affermato la sussistenza dell'obbligo di avvio dell'avvio del procedimento anche nella ipotesi di provvedimenti a contenuto totalmente vincolato²¹, sul presupposto che si possono verificare dei casi in relazione all'adozione dei provvedimenti di ripristino in cui i presupposti provvedimentali potrebbero assumere connotazioni tali da rendere quantomeno opportuni gli apporti collaborativi del soggetto interessato²².

²⁰ Cfr.: V. Mele, *Il principio di vincolatezza*, in A. Cagnazzo (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di edilizia*, Torino, 2014, 18 ss., per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 7 ottobre 2011, n. 7813, in <https://www.leggiditalia.it> e in <https://www.giustizia-amministrativa.it> e in *Foro amm. Tar*, 2011, 10, 3126 (s.m.); Tar Campania, Salerno, sez. I, 8 febbraio 2011, n. 210, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2, 592 (s.m.); Tar Lazio, Roma, sez. I quater, 10 dicembre 2010, n. 36046, in <https://www.leggiditalia.it> e in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

²¹ In dottrina con riguardo alla posizione della giurisprudenza in ordine alla non necessità della comunicazione di avvio del procedimento e ai rischi di una dequotazione delle garanzie partecipative: M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza*, in *Foro amm. Tar*, 2004, 1595 ss.; M. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 283 ss., spec. 302 ss.; R. Leonardi, *Sulla necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento anche per gli atti vincolanti*, in *Foro amm. Tar*, 2002, I, 243 ss.; L. Valla, *Comunicazione di avvio del procedimento e atti vincolati: dalla giurisprudenza alle disposizioni legislative*, in *Urb. e app.*, 2000, 1237 ss.; F. Saitta, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 449 ss.; R. Damonte, *La plenaria chiarisce i rapporti tra la legge n. 241/90 e il procedimento espropriativo*, in *Urb. e app.*, 1999, 11, 1200 ss.; M. Ragazzo, *La comunicazione di avvio del procedimento in materia di sanzioni per abusi edilizi*, in *Urb. e app.*, 2004, 570 ss.

²² Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 29 dicembre 2011, n. 755, in <https://www.iusexpolver.it>. La vicenda si riferisce ad un ordine di demolizione adottato per sopravvenuta decadenza del permesso di costruire per decorrenza del termine della sua efficacia. Tale ordine è stato dichiarato illegittimo in quanto non preceduto dalla comunicazione di cui all'art. 7, l. 241/1990. Il Tar ha messo in evidenza che trattandosi di una misura repressiva adottata in relazione ad opere realizzate in conformità al titolo poi decaduto, una comunicazione di avvio del procedimento in cui fossero adeguatamente precisati i presupposti che inducevano l'amministrazione a ritenere invece abusive le opere sarebbe stata in grado (oltre a fornire un adeguato preavviso a chi aveva confidato di operare secondo diritto in virtù della copertura fornita dal permesso) di avviare un utile contraddittorio sui presupposti del provvedimento e di consentire alla stessa amministrazione di fornire un'adeguata motivazione a supporto della sua azione

In particolare, la comunicazione di avvio del procedimento diretto all'adozione dell'ordinanza di demolizione andrebbe effettuata qualora il provvedimento di carattere ripristinatorio conduga all'annullamento del titolo edilizio ai sensi dell'art. 38, T.u.ed., dal momento che tale disposizione prevede misure alternative a quella ripristinatoria, misura quest'ultima che, quindi, non rivestirebbe natura di atto interamente vincolato. Ove ricorressero tali ipotesi, ha concluso il giudice amministrativo, la partecipazione dell'interessato potrebbe comunque far emergere elementi e circostanze che potrebbero indurre la pubblica amministrazione procedente ad adottare un provvedimento dal contenuto diverso²³.

Si ritiene che, ove ci si trovi dinanzi a casi in cui l'accertamento dei presupposti di fatto si presenta complesso, a motivo della molteplicità e complessità degli elementi che contraddistinguono la fattispecie astratta prevista dal legislatore, l'apporto dei soggetti interessati, attraverso le loro osservazioni critiche e deduzioni di fatto, potrebbe rivelarsi di particolare utilità. In tal senso, sotto quest'ultimo profilo, è stato osservato da parte del Consiglio di Stato, con riguardo alla fattispecie della lottizzazione abusiva, ma le medesime considerazioni potrebbero valere anche per le fattispecie degli abusi edilizi in ordine alle quali è prevista l'adozione di provvedimenti di ripristino, che, per poter comprendere in quali situazioni l'apporto partecipativo del soggetto privato all'interno dell'istruttoria possa essere utile, si renderebbe necessario esaminare la fattispecie astratta prevista dalla disciplina in materia di urbanistica ed edilizia, la cui violazione comporta l'avvio di un procedimento repressivo. A tal proposito è stato evidenziato che, laddove molteplici siano gli elementi che caratterizzano la fattispecie e molteplici, di conseguenza, siano gli accertamenti che è necessario condurre, non si potrebbe non riconoscere l'importanza dell'apporto collaborativo del privato che, se preso in considerazione, potrebbe anche orientare in senso diverso rispetto all'adozione del provvedimento ripristinatorio l'autorità comunale preposta all'adozione del provvedimento repressivo²⁴.

Ad avviso di chi scrive, ipotesi di abusi edilizi particolarmente articolate, che possono richiedere accertamenti molteplici e di una certa complessità, in ordine ai quali potrebbe essere utile l'apporto partecipativo del privato, sarebbero quelle di cui alla disposizione dell'art. 32, c. 3, T.u.ed., relativa all'esecuzione di interventi costituenti variazioni essenziali su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico nonché su immobili ricadenti in aree protette nazionali e regionali o su parchi, interventi che vengono considerate, in ragione della loro insistenza su immobi-

²³ Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 11 marzo 2008, n. 157, cit.

²⁴ In tal senso: Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2000, n. 948, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 628 e in *Urb. e app.*, 2000, 1237 con nota di L. Valla, *La vicenda oggetto della pronuncia riguardava la fattispecie della lottizzazione abusiva*.

li vincolati, in totale difformità dal permesso di costruire, ai sensi e per gli effetti degli artt. 31 e 44, T.u.ed., risultando, di conseguenza, sottoposti alla misura di ripristino rappresentata dall'ordine di demolizione e alla sanzione penale.

In dottrina è stato evidenziato che se «l'apporto della partecipazione al procedimento²⁵ è senz'altro più prezioso nell'attività discrezionale, il contributo del privato può comunque essere utile, e talora indispensabile, anche in ordine all'adozione di provvedimenti vincolati²⁶; in particolare, nell'ipotesi di attività vinco-

²⁵ In dottrina, per la partecipazione al procedimento amministrativo sono state individuate principalmente due finalità. Da un lato vi è chi ha evidenziato, in particolare, la finalità di tutela della posizione giuridica del soggetto che partecipa al procedimento, valorizzando in tal senso la funzione di garanzia che la partecipazione assolverebbe e presupponendo una posizione sostanzialmente paritaria tra la pubblica amministrazione e la parte privata. In tal senso *ex multis* cfr.: R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005, 488 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, 184; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 799; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 147 ss. Dall'altro è stata sottolineata prevalentemente la funzione svolta dalla partecipazione sotto il profilo dell'apporto collaborativo ad una più completa acquisizione dei fatti e ad una più puntuale individuazione degli interessi che l'amministrazione è tenuta a valutare nel corso dell'istruttoria procedimentale. In tal senso *ex multis* cfr.: R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171 ss.; F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 47; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit.; Id., *Prime riflessioni sugli interessi procedurali, dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in R. Ferrara-S. Siccardi (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministratori e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, 315 ss.; R. Proietti, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, cit., 486 ss.; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 146 ss.

²⁶ In merito alla necessità che sia garantita la partecipazione al procedimento anche ove sia svolta attività amministrativa di carattere vincolato, con riguardo alla disciplina introdotta dalla l. 241/1990 ed antecedente la riforma operata dalla l. 15/2005, si è ritenuto non desumibile nell'ordinamento e nel diritto vivente un principio secondo il quale non si sarebbe dovuta garantire la partecipazione degli interessati ai procedimenti aventi natura vincolata. In particolare, è stata affermata l'impossibilità che l'esclusione della comunicazione d'avvio del procedimento potesse trovare fondamento nei principi dell'ordinamento e si è affermato che la partecipazione avrebbe dovuto costituire un valore in sé che avrebbe, di conseguenza, dovuto essere riconosciuto indipendentemente dal potere esercitato dall'amministrazione (G. Terracciano, *Sull'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento*, in *Foro amm.*, 1994, I, 2178). Si sottolineava, inoltre, come nei procedimenti aventi natura vincolata l'intervento dei privati destinatari della decisione finale si sarebbe potuto rivelare utile e risultare quindi giustificato quantomeno in relazione alla verifica dell'esistenza dei presupposti necessari all'emanazione del provvedimento finale (T.D. De Nitto, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 737). Sotto la vigenza della disciplina della l. 241/1990, come novellata dalla l. 15/2005, è stato sottolineato che l'attività vincolata potrebbe certamente rendersi lesiva di interessi privati, dovendosi, di conseguenza, garantire al destinatario del provvedimento sfavorevole la possibilità di partecipare al procedimento di formazione dell'atto al fine di consentirgli di poter rappresentare all'amministrazione circostanze o elementi da questa ignorati o non direttamente acquisibili, incidenti sulla situazione destinata a regolare l'adozione dell'atto finale. (M. Sinisi, *La comunicazione di avvio del procedimento tra attività discrezionale e attività vincolata*, in *Foro amm. Tar*, 2005, 9, 2901). Inoltre, è stato osservato che la partecipazione dei soggetti privati potrebbe contribuire ad una più corretta verifica dei fatti e delle circostanze che giustificano l'emanazione del provvedimento anche se vincolato e che i privati potrebbero contribuire all'interpretazione delle norme che disciplinano l'esercizio del potere (M. Immordino, A. Contieri, *L'omessa comunicazione d'avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 7-8, 2783). In particolare, è stato sottolineato come «il privato potrebbe, ove si eserciti l'attività vincolata, essere a conoscenza di fatti ulteriori o di nuovi elementi ignoti all'amministrazione, idonei ad integrare quelli già noti alla medesima e a modificare, quindi, la stessa conformazione o configurazione dei presupposti per l'ap-

lata, la finalità della partecipazione non sarà quella di introdurre interessi nuovi da valutare nell'ambito del procedimento, ma la partecipazione sarà ugualmente utile come ausilio, per meglio individuare la sussistenza dei fatti e dei presupposti che debbono comunque essere accertati o valutati al fine di provvedere»²⁷.

In ogni caso spazi di discrezionalità sarebbero ravvisabili anche quando sia esercitata l'attività diretta a reprimere gli abusi edilizi. A tal proposito, infatti, vi è chi riconosce in capo all'autorità chiamata ad adottare i provvedimenti repressivi degli abusi edilizi l'esercizio di un potere discrezionale, da intendersi nel senso di ponderazione dei vari interessi in conflitto. Questo avverrebbe ogniqualvolta l'autorità amministrativa si trovi a valutare determinati interessi come l'interesse a che sia effettivamente attuata la destinazione d'uso prevista dagli strumenti urbanistici, l'interesse alla conservazione del patrimonio edilizio esistente e alla non mutilazione delle parti di edifici eventualmente regolari, l'interesse alla destinazione a fini pubblici di immobili idonei alla loro immediata utilizzazione in tal senso e, da ultimo, l'interesse alla realizzazione di opere di urbanizzazione per le quali mancherebbero altrimenti fondi sufficienti²⁸.

Margini di discrezionalità nella valutazione che deve essere compiuta da parte dell'autorità comunale sarebbero certamente configurabili ogniqualvolta l'organo comunale sia chiamato a valutare l'effettiva possibilità del ripristino.

Tale valutazione dovrebbe essere svolta, ai sensi dell'art. 33, c. 2, T.u.ed., con riguardo agli interventi di ristrutturazione edilizia realizzati in assenza di permesso di costruire o in totale difformità dallo stesso, in ordine ai quali, ove, sulla base di motivato accertamento dell'ufficio tecnico comunale, il ripristino dello stato dei luoghi non risulti possibile, il dirigente o il responsabile dell'ufficio è tenuto ad irrogare una sanzione pecuniaria. Con riguardo alla medesima tipologia di interventi, nel caso in cui gli stessi siano stati eseguiti nelle zone omogenee A previste dal d.i. 1444/1968 (i.e. zone interessate da agglomerati urbani che rivestano carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale) e non sia

plicazione della norma attributiva del potere» (S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 128). Si è distinto con riguardo all'esercizio dell'attività vincolata, al fine di valutare l'utilità o meno della partecipazione della parte privata al relativo procedimento, tra natura complessa oppure semplice del fatto da accertare, ritenendosi non necessaria la comunicazione d'avvio del procedimento, a motivo della inutilità della partecipazione procedimentale, ove il fatto da accertare, posto alla base del provvedimento, presenti una natura strutturalmente semplice e non necessiti di alcun apprezzamento complesso (S. Civitarese Matteucci, *Formalismo giuridico ed invalidità formali*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 285). Vi è chi ha sostenuto che in presenza di attività interamente vincolata la partecipazione dei privati non potrebbe influire, attraverso contributi documentali e argomentativi, sull'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento, in quanto quest'ultimo risulterebbe già puntualmente determinato a livello legislativo. Nelle ipotesi di attività vincolata, pertanto, la partecipazione non dispiegherebbe alcun effetto utile (F. Saitta, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 455).

²⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, (a cura di F. Fracchia), Milano, 2018, 467.

²⁸ P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, 173.

stato reso il parere vincolante da parte dell'amministrazione competente alla tutela dei beni culturali e paesaggistici circa l'ingiunzione della restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria, spetta, a mente dell'art. 33, c. 4, T.u.ed., al dirigente o al responsabile dell'ufficio provvedere autonomamente in ordine all'alternativa prevista tra misura di carattere ripristinatorio e sanzione pecuniaria. In ordine agli interventi eseguiti in assenza della segnalazione certificata di inizio attività e consistenti in interventi di restauro e di risanamento conservativo eseguiti su immobili vincolati è demandata, ai sensi dell'art. 37, c. 2, T.u.ed., all'autorità competente a vigilare sull'osservanza del vincolo la valutazione discrezionale circa la decisione di ordinare la restituzione in pristino oltre alla irrogazione della sanzione pecuniaria. Parimenti, anche nel caso di interventi eseguiti in assenza della segnalazione certificata di inizio attività e insistenti su immobili, anche non vincolati, compresi nelle zone indicate nella citata lettera A, è previsto che il dirigente o il responsabile dell'ufficio provveda autonomamente, ove non venga reso da parte del Ministero per i beni e le attività culturali il parere vincolante circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria, in ordine alla scelta tra le due misure tra loro alternative. Da ultimo, in merito all'ipotesi di interventi eseguiti in base a permesso di costruire annullato, l'autorità competente è chiamata a valutare discrezionalmente l'effettiva possibilità della restituzione in pristino e a comminare una sanzione pecuniaria ove la misura di ripristino non sia realizzabile (art. 38, c. 1, T.u.ed.).

L'impossibilità di effettuare il ripristino dovrebbe essere valutata, è stato osservato, tenendo in conto non solo ragioni tecnico-urbanistiche²⁹, ma anche considerazioni di opportunità economica e sociale³⁰, evidenziando, così, inoltre,

²⁹ Tra le ipotesi che possono giustificare la sostituzione dell'ordinanza di demolizione con la sanzione amministrativa viene addotta dalla giurisprudenza l'incidenza della demolizione materiale degli abusi sulla statica dell'intero edificio. Cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 2001 in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 4, 996 relativo ad una ordinanza di demolizione emanata ai sensi dell'art. 34, T.u.ed. per la realizzazione di opere in parziale difformità dal progetto esecutivo.

³⁰ In tal senso: M.A. Sandulli, *Commento all'art. 9*, cit., 1064; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, cit., 173; D. Corletto, *Opposizione di terzo e principio del contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1995, 336; V. Fanti, *Commento all'art. 33*, in R. Garofoli e G. Ferrari (a cura di), *Codice dell'edilizia*, 2008, 416. Il giudice amministrativo in primo grado ha precisato che la valutazione relativa alla possibilità o impossibilità del ripristino deve avere riguardo non solo al profilo materiale ma anche a quello economico-giuridico, rendendosi in tal senso necessario un giudizio discrezionale sulla inutilità o sulla sproporzione fra il costo da sostenere per il ripristino e l'attività dello stesso in relazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Così: Tar Umbria, 14 dicembre 2000, n. 1057, in *Foro amm. Tar*, 2001, 1288 (s.m.) e in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, dove si afferma che «l'accertamento della impossibilità della riduzione in pristino implica anche qualche profilo di discrezionalità in quanto nel concetto di "impossibilità" è ragionevole includere anche "l'inutilità" o anche la enorme sproporzione fra il costo del ripristino e la sua utilità per l'interesse pubblico». La vicenda riguardava interventi di ristrutturazione edilizia disciplinati originariamente dalla disposizione di cui all'art. 9, l. 47/1985 ed ora dalla disposizione dell'art. 33, T.u.ed.

il carattere necessariamente tecnico del giudizio che deve essere reso dall'autorità procedente.

Risulta evidente dall'analisi delle ipotesi di abusi edilizi esaminate, in ordine alle quali è richiesta la valutazione tecnico-discrezionale circa la effettiva possibilità del ripristino, che il contributo che il soggetto interessato potrebbe apportare, attraverso la partecipazione al procedimento, sotto il profilo, in particolare, della ricostruzione della vicenda edificatoria, potrebbe rivelarsi particolarmente utile per l'autorità competente ad adottare il provvedimento finale.

Inoltre, come è stato osservato, in particolare nella fase dell'accertamento tecnico dell'abuso edilizio, ove ricorrano ipotesi di opere non assentite o non conformi alla disciplina urbanistica, e quindi anche al di fuori delle ipotesi in cui è prevista l'alternatività tra la misura di ripristino e la sanzione pecuniaria, la partecipazione del soggetto interessato potrebbe rivelarsi utile, se non addirittura essenziale, ai fini del rilevamento di un errore di fatto o di un travisamento di fatti, oltre che di un errore di diritto³¹.

Si ritiene di non poter condividere, per le ragioni che di seguito saranno esplicitate, la convinzione espressa in alcune pronunce, precedentemente citate³², secondo cui non sarebbe necessaria la comunicazione d'avvio del procedimento diretto all'adozione di un ordine di rimozione o demolizione delle opere abusive in quanto sarebbe lo stesso ordine ad avere natura e funzione di diffida e a svolgere la funzione di un atto a carattere monitorio, volto cioè ad invitare il trasgressore ad eliminare l'abuso edilizio ed idoneo a garantire la partecipazione al relativo procedimento³³.

La ragione del dissenso si fonda sul fatto che la funzione della comunicazione d'avvio del procedimento, la quale consiste, come è stato evidenziato, nel consentire alla parte interessata di partecipare al procedimento amministrativo fin dal momento del suo concreto avvio o, quantomeno, di inserirsi in una fase dello stesso che non sia avanzata o addirittura conclusiva, in quanto altrimenti finirebbero per risultare del tutto eluse le finalità partecipative e di trasparenza dell'azione amministrativa, non può essere svolta dall'ordine di rimozione o demolizione in quanto esso costituisce il provvedimento con il quale si conclude il procedimento di ripristino. In altri termini, come è stato osservato, la comunicazione di avvio del procedimento deve precedere l'adozione del provvedimento e non può essere ad essa contestuale³⁴, come avverrebbe nel caso dell'ordine di rimozione o

³¹ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 470.

³² Tar Lazio, Roma, sez. I, 17 aprile 2007, n. 3327, cit.; Tar Campania Napoli, sez. VII, 5 giugno 2008, n. 5244, cit. e Tar Piemonte, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, cit.

³³ Tar Piemonte, sez. I, 20 aprile 2005, n. 1097, cit.

³⁴ Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009, n. 3442, in <https://www.iusexpolrer.it>. La vicenda è relativa alla revoca di un provvedimento che prevedeva agevolazioni a favore del settore dell'artigianato, revoca che non è

demolizione al quale fossero riconosciute natura e funzione di diffida, perché in tal caso verrebbe meno la “ratio” della comunicazione di avvio del procedimento consistente, nella sostanza, in una funzione conoscitiva a vantaggio sia del soggetto pubblico che del destinatario della stessa, dal momento che essa è preordinata a consentire all’interessato l’esercizio di un’anticipata tutela delle proprie ragioni e all’amministrazione la possibilità di ridurre i margini di errori nei quali potrebbe incorrere adottando un provvedimento illegittimamente lesivo della sfera giuridica del suo destinatario³⁵.

Inoltre, in un recente arresto del giudice amministrativo è stato osservato che la finalità che perseguirebbe la diffida prevista dalla disposizione dell’art. 35, T.u.ed. per l’ipotesi di abusi edilizi su suolo pubblico, diffida che dovrebbe precedere l’adozione dell’ordine di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi, ma che si ammette possa essere anche contestuale allo stesso, sarebbe «solo quella di consentire al privato di adempiere spontaneamente, senza che il destinatario possa trarre alcun concreto beneficio dalla notificazione della diffida né alcuna lesione dalla sua mancanza»³⁶. Secondo tale interpretazione la diffida, sia preventiva che contestuale all’ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi, sembrerebbe rappresentare un atto la cui finalità sarebbe di fatto ben diversa da quella cui è preordinata, invece, la comunicazione d’avvio del procedimento.

4. *Ragioni di carattere sistemico a fondamento della necessità del rispetto delle garanzie partecipative nel procedimento ripristinatorio*

Il mancato rispetto delle garanzie partecipative si pone, inoltre, in contrasto con il principio del giusto procedimento, descritto dal brocardo latino «*audiatur et altera pars*»³⁷, principio che è stato definito dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel 1999 alla stregua di «criterio di orientamento sia per il legislatore sia per l’interprete»³⁸ e considerato dalla Corte di giustizia europea principio rilevante per qualsiasi tipo di procedimento³⁹.

stata preceduta dalla comunicazione d’avvio del relativo procedimento.

³⁵ Cons. Stato, sez. III, 21 aprile 2009, n. 3442, cit.; conformi: Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6526; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 1997, n. 560 e Tar Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2006, n. 13598, tali pronunce sono reperibili in <https://www.iusexpoller.it>.

³⁶ Tar Toscana, Firenze, sez. III, 2 gennaio 2020, n. 2, in <https://www.iusexpoller.it>.

³⁷ R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1032 e 1035.

³⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14, in *Foro it.*, 2000, III, 26.

³⁹ M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 443. Nella disposizione di cui all’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea il diritto per ogni persona di avvalersi del contraddittorio prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento pregiudizievole è considerato espressione del diritto ad una buona amministrazione. Va rammentato che recentemente con riguardo al rilascio da parte del Prefetto dell’informazione antimafia, ai sensi della disciplina contenuta nel d.lgs. 159/2011, il Tar Puglia,

Si è dato conto della circostanza per cui, anche con riguardo ai procedimenti che conducono all'adozione delle misure di ripristino, la non doverosità della comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati è stata giustificata attraverso il richiamo alla regola di cui all'art. 21 *octies*, c. 2, l. 241/1990⁴⁰, la quale prevede la non annullabilità del provvedimento adottato senza la previa comunicazione d'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Tale conclusione non può essere condivisa in quanto la valutazione per cui il provvedimento finale non avrebbe potuto avere, nonostante la mancanza della partecipazione, un diverso contenuto è una valutazione che non può essere fatta a priori, in base alla tipologia astratta di provvedimento che l'amministrazione si appresta ad adottare.

In tal senso, è stato osservato che anche un provvedimento vincolato – come l'ingiunzione di demolizione dell'abuso edilizio o l'applicazione di una sanzione – potrebbe essere condizionato dall'apporto partecipativo del privato, quando que-

Bari, sez. III, con l'ordinanza del 13 gennaio 2020, n. 28, (reperibile in <https://www.iusexpolrer.it>) ha sottoposto all'esame della Corte di Giustizia UE, in via pregiudiziale, la questione se gli artt. 91, 92 e 93, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui non prevedono il contraddittorio procedimentale in favore del soggetto nei cui confronti il Prefetto si propone di rilasciare una informazione antimafia, siano compatibili con il principio del contraddittorio, come riconosciuto dal diritto dell'Unione europea. Il Consiglio di Stato, intervenuto sullo stesso tema, ha inteso precisare che l'informazione antimafia non richiederebbe l'osservanza del contraddittorio procedimentale, il quale viene considerato meramente eventuale ai sensi dell'art. 93, c. 7, d.lgs. 159/2011, secondo cui «il prefetto competente al rilascio dell'informazione, ove lo ritenga utile, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite invita, in sede di audizione personale, i soggetti interessati a produrre, anche allegando elementi documentali, ogni informazione ritenuta utile» (Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820, in <https://www.iusexpolrer.it>).

⁴⁰ Come noto, la disposizione del c. 2, art. 21 *octies*, l. 241/1990 è stata duramente criticata dalla dottrina, *ex multis*: D.U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, in <https://www.giustamm.it>. L'Autrice ha messo in evidenza il contrasto della norma di cui all'art. 21 *octies*, c. 2, con il diritto europeo in quanto le garanzie procedurali connesse al diritto ad una buona amministrazione sono state elevate dalla giurisprudenza europea al rango di principi generali del diritto dell'Unione europea, con la conseguenza che, ove il giudice amministrativo nazionale dovesse rilevare delle discrasie fra la norma citata che sancisce l'irrilevanza dei vizi del procedimento e le garanzie procedurali che sostanziano il diritto ad una buona amministrazione, egli sarebbe tenuto a disapplicare, in favore del diritto europeo, le previsioni dell'art. 21 *octies* in tutte quelle controversie che riguardassero fattispecie rilevanti per il diritto europeo. F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria della validità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, legge n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in <https://www.giustamm.it>. Viene criticata, sotto il profilo che a noi interessa, la logica stringente che sembrerebbe sottesa alla disciplina introdotta per il tramite della disposizione dell'art. 21 *octies*, c. 2, cpv 2, secondo cui, definito un certo contenuto dell'atto che si riferisce all'assetto degli interessi che il legislatore ha inteso realizzare, finirebbe per essere «giuridicamente rilevante unicamente l'aderenza del provvedimento a quel contenuto e non già il percorso potestativo». Inoltre, viene evidenziato come, stando al tenore dell'art. 21 *octies*, c. 2, una volta individuato dalla legge l'interesse pubblico, questo risulterebbe indisponibile e assumerebbero rilevanza solo le operazioni materiali che ne consentono l'emersione, mentre le altre norme, con l'eccezione dell'incompetenza, finirebbero per diventare un «affare dell'amministrazione», nel senso che la loro violazione darebbe luogo ad una illegittimità che l'amministrazione medesima può sanare.

sti sia in grado di dimostrare l'insussistenza dei presupposti di fatto previsti dalla legge per la sua emanazione⁴¹.

Inoltre, la previsione dell'art. 21 *octies*, c. 2, l. 241/1990 si pone in netta contraddizione con l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴² che non ammette che la rilevanza delle violazioni delle garanzie procedurali venga subordinata alla dimostrazione che tali violazioni abbiano determinato una lesione delle facoltà partecipative e difensive, in quanto che secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo a tali facoltà andrebbe riconosciuto valore assoluto⁴³.

La dequotazione delle garanzie partecipative contrasta anche con il principio del rispetto del giusto procedimento sancito a livello convenzionale dall'art. 6, par. 1, CEDU, principio che dovrebbe avere piena attuazione, ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, con riguardo al procedimento di adozione della misura di ripristino rappresentata dall'ordine di demolizione⁴⁴, misura che è stata qualificata nelle prime pronunce in materia di provvedimenti ripristinatori alla stregua di un provvedimento determinativo di diritti civili ai sensi della Convenzione EDU e negli arresti più recenti alla stregua di una sanzione penale.

Come anticipato, due sono le strade che la Corte di Strasburgo ha percorso al fine di dimostrare la necessità che siano rispettate le garanzie dell'equo processo, come delineate dalla norma della CEDU, anche con riguardo al provvedimento di ripristino costituito dall'ordine di demolizione. Nelle pronunce più risalenti, attraverso la qualificazione di tale provvedimento di ripristino in termini di provvedimento determinativo di diritti civili ai sensi della Convenzione EDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato la necessità dell'applicazione delle garanzie procedurali e processuali previste dal citato art. 6, par. 1, della Convenzione anche al procedimento d'irrogazione della misura ripristinatoria consistente nell'ordine di demolizione⁴⁵.

Nelle sentenze più recenti la Corte di Strasburgo ha ricondotto l'ordine di demolizione nell'area delle sanzioni penali⁴⁶, sul presupposto della sussistenza in tale provvedimento di uno degli *Engel criteria*, nello specifico il parametro della severità, valutata in concreto, della misura irrogata, esigendo, di conseguenza, anche con riguardo a tale misura, il rispetto delle garanzie procedurali e processuali.

⁴¹ Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 ottobre 2015, n. 1546, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴² E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 3, 700.

⁴³ Corte. eur. dir. uomo, 5 ottobre 2000, caso n. 32367/96, *APEH Üldözötteinek Szövetsége and Others v. Hungary*, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int/>.

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, caso n. 19178/91, *Bryan v. The United Kingdom*, § 38, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int>. Il caso verteva su di un ordine di demolizione di un'opera abusiva.

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1994, caso n. 19178/91, *Bryan v. The United Kingdom*, cit., § 38.

⁴⁶ Corte eur. dir. uomo, 27 ottobre 2007, caso n. 21861/03, *Hamer v. Belgium*, §§ 59-60, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int/>.

Rifacendosi a tale orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in dottrina è stata fortemente contestata la posizione del giudice nazionale, della quale si è dato in precedenza conto, che nega il riconoscimento di alcuna forma di contraddittorio nel procedimento che conduce all'applicazione delle misure di ripristino nel settore urbanistico-edilizio⁴⁷.

Oltre agli argomenti già citati, due ragioni di carattere sistemico militerebbero a favore della tesi della doverosità della comunicazione d'avvio del procedimento e della necessità del rispetto delle garanzie partecipative anche con riguardo ai procedimenti diretti all'adozione di misure di ripristino.

La prima ragione è rappresentata dalla collocazione del provvedimento che dispone il ripristino – demolizione, rimozione o restituzione in pristino – delle opere abusive nell'ambito della esecutorietà amministrativa⁴⁸. In tal senso, infatti, alla misura ripristinatoria viene riconosciuta la qualifica di «provvedimento costitutivo di obblighi»⁴⁹ ai sensi dell'art. 21 *ter*, c. 1, cpv. 2, l. 241/1990: da qui non potrebbe non derivare, come logico corollario, l'applicazione anche con riguardo al procedimento volto all'adozione di misure di ripristino della disciplina della l. 241/1990, e, quindi, delle regole e dei principi relativi alla obbligatorietà della comunicazione d'avvio del procedimento, al rispetto della garanzia della partecipazione al procedimento e alla necessità della motivazione del provvedimento di ripristino.

In altri termini, le regole ed i principi fissati dalla legge breve sul procedimento amministrativo dovrebbero trovare applicazione anche con riguardo al procedimento diretto all'adozione di un provvedimento ripristinatorio in quanto procedimento che conduce all'adozione di un provvedimento costitutivo di obblighi ed integrare, in particolare, sia il contenuto, comunque scarno, della disposizione dell'art. 21 *ter*, c. 1, cpv. 2⁵⁰, l. 241/1990 che le norme di settore. L'integrazione dovrebbe riguardare, ad avviso di chi scrive, gli aspetti procedurali e, segnatamente, l'individuazione del responsabile del procedimento, l'individuazione dell'atto di avvio del procedimento e la comunicazione dello stesso al soggetto interessato, la previsione della partecipazione al procedimento da parte del soggetto interessato in funzione del contraddittorio, l'indicazione del termine di conclusione del procedimento ed il rispetto dell'obbligo di motivazione del provvedimento.

⁴⁷ F. Goisis, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, II ed., Torino, 2015, 17.

⁴⁸ Cfr.: G. Falcon, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, Vol. VI, 141 ss.; G. Fonderico, *Esecutorietà*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, 2014, 564 e 571.

⁴⁹ Cfr.: G. Pagliari, *Esecutorietà. Note di commento dell'art. 21 ter, legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 1, 332 ss.

⁵⁰ L'art. 21 *ter*, c. 1, cpv. 2, l. 241/1990 prevede che il provvedimento costitutivo di obblighi indichi il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato.

Il secondo motivo si fonda sulla connotazione che sarebbe propria delle misure ripristinatorie, la quale deriverebbe dalla loro finalità non sanzionatoria-punitiva, che caratterizzerebbe, invece, le sanzioni amministrative, ma riparatoria-remediale e sulle conseguenze di tale connotazione in ordine alla disciplina ad esse applicabile. La diversa finalità che contraddistingue le sanzioni amministrative e le misure ripristinatorie determinerebbe⁵¹, quindi, un diverso regime normativo ad esse applicabile.

Le misure ripristinatorie si distinguono, infatti, sotto più profili, dalle sanzioni amministrative. Le prime, infatti, perseguono la finalità di ristabilire l'ordine (urbanistico, architettonico, paesaggistico, estetico) violato, restaurando direttamente un bene o un interesse leso ed eliminando le conseguenze materiali della lesione⁵² e non la finalità di punire il responsabile della violazione⁵³. Esse sono «focalizzate» sulla *res* oggetto di tutela e non sul responsabile della violazione, la cui individuazione non è necessaria⁵⁴.

⁵¹ La distinzione tra pena, nella quale si sostanzia la sanzione amministrativa, e misura ripristinatoria è stata delineata in passato da Cammeo, il quale ha tracciato il diverso ambito di rilevanza delle due misure. In tal senso, l'Autore ha osservato che, mentre tutte le violazioni di obblighi in astratto possono essere accompagnate da una pena e tutte possono prestarsi per equivalente pecuniario, nella misura in cui la violazione stessa sia estimabile in denaro, per contro, la misura ripristinatoria può trovare attuazione solo quando la violazione sia tale da poter essere ancora riparata in natura (F. Cammeo, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, III, 1 e 4). È stato fatto osservare da altri che concorrerebbe a distinguere la sanzione, nella sua qualificazione di pena in senso tecnico, dalla misura ripristinatoria, la sussistenza, ai fini dell'applicazione della sanzione, del requisito della necessaria identificazione tra soggetto passivo della misura sanzionatoria e soggetto che ha posto in essere la condotta illecita. Tale requisito, infatti, non sarebbe richiesto per l'adozione della misura ripristinatoria, la quale verrebbe disposta nei confronti del soggetto titolare del bene oggetto della violazione, non in virtù della circostanza per cui il medesimo soggetto sia l'autore della violazione, ma in ragione del fatto che il bene, in ordine al quale è stata posta in essere una situazione di fatto illegale, rientra nella sua disponibilità (A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 209 ss.). La differenza tra misure sanzionatorie e misure ripristinatorie emergerebbe anche con riguardo al presupposto dalle quali le stesse traggono origine, il quale consisterebbe per le misure ripristinatorie nell'accertamento di un abuso, rappresentato da un fatto non conforme all'ordinamento, ma privo delle caratteristiche proprie dell'illecito, mentre, per contro, la misura sanzionatoria rappresenterebbe la risposta dell'ordinamento al compimento di un illecito (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 1306). In termini non dissimili è stato evidenziato il collegamento che sussiste tra sanzione ed illecito, in virtù del quale «non esistono illeciti senza sanzioni, e senza sanzioni non esiste illecito in senso proprio» (E. Casetta, voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XIII, 598 ss.).

⁵² Cfr.: C.E. Paliero, A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, Vol. XLI, 355.

⁵³ M.A. Sandulli, voce *Sanzioni amministrative*, cit., 2; M. Siniscalco, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 12; C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Padova, 1988, 88; P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 4; G. Colla, G. Manzo, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, 141. In dottrina viene evidenziato come le misure ripristinatorie abbiano lo scopo di soddisfare direttamente l'interesse pubblico, a differenza delle sanzioni amministrative che si caratterizzano per la loro finalità afflittiva.

⁵⁴ A tal proposito, è stato evidenziato che l'impossibilità di ricondurre le misure ripristinatorie nell'ambito delle sanzioni amministrative deriverebbe anche dalla circostanza secondo la quale l'intervento sulla *res* non assume come suo presupposto la riferibilità, né sul piano soggettivo né su quello oggettivo, della condotta al soggetto sottoposto alla reazione prevista. In tal senso cfr.: A. De Roberto, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione (Varenna,*

Diversamente dai provvedimenti di ripristino, come anticipato, le sanzioni amministrative si caratterizzano per la portata punitiva nei confronti del responsabile della violazione di un precetto e per la finalità di prevenzione speciale e generale che mirano a realizzare. Esse sono dirette nei confronti del responsabile della violazione o di chi era tenuto a vigilare sull'osservanza di un certo precetto in applicazione del principio di personalità.

Dalle differenze, ora tratteggiate, che intercorrono tra misure di ripristino e sanzioni amministrative deriva l'applicazione del diverso regime normativo. Le sanzioni amministrative, espressione del potere sanzionatorio attribuito alla pubblica amministrazione, trovano la loro disciplina nella l. 689/1981 che fissa i principi di legalità, di personalità e di solidarietà che presidiano la sanzione e scandisce il procedimento di irrogazione, il quale si articola nelle necessarie fasi dell'accertamento della violazione da parte degli organi competenti, della contestazione della violazione al trasgressore e agli altri soggetti obbligati, della partecipazione, anche in forma orale, al procedimento, della decisione dell'organo ed infine della irrogazione della sanzione tramite ordinanza-ingiunzione.

Pur escludendo la natura sanzionatoria dei provvedimenti ripristinatori, in merito alla disciplina ad essi ed ai relativi procedimenti applicabile, si è posta la questione dell'applicabilità della l. 689/1981 e la soluzione prospettata è stata nel senso di ritenere che non possa trovare attuazione la disciplina prevista dalla l. 689/1981 per l'illecito amministrativo e la sanzione amministrativa pecuniaria, in ragione della diversa funzione svolta dalle misure ripristinatorie rispetto a quella propria delle sanzioni amministrative, cioè, come sottolineato, non una funzione punitiva ma restitutoria⁵⁵.

Con riferimento particolare al procedimento diretto all'adozione delle misure di ripristino è stato osservato che esso deve trovare la propria disciplina non nella l. 689/1981 ma nella legge sul procedimento amministrativo, con la conseguente necessità che siano rispettate le fasi del procedimento amministrativo: la fase della comunicazione di avvio del procedimento, la fase della partecipazione al procedimento, nella quale gli interessati possono accedere agli atti e presentare memorie e documenti nonché sollecitare il responsabile del procedimento affinché disponga integrazioni istruttorie⁵⁶.

18-20 settembre 1980), Milano, 1982, 129 ss. L'Autore sottolinea che le misure adottate per riportare *sub lege* la realtà di fatto (misure come la demolizione e la riduzione in pristino) investono chi è in rapporto con la *res*, senza indagare se la *res* interessata dagli interventi riparatori tragga origine da violazioni imputabili e se alla realizzazione di essa abbiano dato vita o concorso a dar vita i soggetti che sopportano la reazione.

⁵⁵ T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 56 ss.

⁵⁶ P. Cerbo, *Commento agli artt. 160 e 161 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in M. Cammelli, (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 656.

5. *Il ricorso allo strumento pattizio quale strada per valorizzare la portata rimediale delle misure ripristinatorie e incentivarne l'esecuzione da parte dei soggetti obbligati*

Come si è inteso evidenziare in precedenza, dall'analisi delle pronunce in cui viene riconosciuta la necessità che siano assicurate le garanzie partecipative nell'ambito dei procedimenti ripristinatori⁵⁷ emerge, in particolare, come l'apporto collaborativo dei soggetti interessati, attraverso la formulazione di osservazioni critiche e deduzioni, possa di fatto rivelarsi particolarmente utile soprattutto là ove l'accertamento dei presupposti di fatto si presenti complesso in se stesso ovvero anche in ragione della molteplicità e complessità degli elementi che contraddistinguono la fattispecie astratta prevista dal legislatore.

Inoltre, soprattutto nella fase di accertamento dei fatti le parti private potrebbero contribuire, attraverso le loro manifestazioni di interesse e di scienza, a «colmare il *deficit* informativo che potrebbe viziare il processo decisionale dell'autorità pubblica sotto il profilo dell'irragionevolezza e dell'irrazionalità, comportandone la sindacabilità sul piano delle figure sintomatiche di eccesso di potere»⁵⁸. A tale riguardo, si ritiene utile richiamare un passaggio di un recente arresto del giudice amministrativo di primo grado in cui si riconosce che di fronte ad una risalente situazione di fatto⁵⁹, oggetto di una misura di ripristino, solo la partecipazione dell'interessato, «in chiave cooperativa o contraddittoria»⁶⁰, avrebbe potuto «garantire che gli accertamenti, le misurazioni, le verifiche ed i riscontri (unilateralmente e solitariamente valorizzati dall'Ente) fossero valutati in coerenza con l'affidamento riconnesso al consolidato *status quo ante*»⁶¹.

Ora, dall'esame di alcune delle norme relative alle ipotesi di abusi edilizi, spazi di discrezionalità amministrativa e di discrezionalità tecnica sembrerebbero configurabili in merito ad alcuni profili del contenuto di alcune misure di ripristino, in particolare con riguardo ai tempi dell'esecuzione (quando), i cui termi-

⁵⁷ Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2003, n. 1357, cit.; Tar Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157, cit.

⁵⁸ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., 146 ss. L'Autore richiama il secondo c., par. 26, legge federale tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), il quale prevede che «Le parti devono cooperare all'accertamento dei fatti» e devono, in particolare, «indicare fatti e mezzi di prove di cui siano a conoscenza».

⁵⁹ La risalente situazione di fatto a cui si fa riferimento nella sentenza consisteva nella «sistemazione della copertura dei locali-deposito di proprietà della ricorrente consistente nell'operazione di ripavimentazione della stessa, senza alcuna alterazione dello stato di fatto esistente da tempo immemorabile».

⁶⁰ Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 agosto 2017, n. 1359, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁶¹ Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 agosto 2017, n. 1359, cit. Nelle conclusioni della sentenza, nell'accogliere il ricorso, viene evidenziata la necessità della «valorizzazione della regola partecipativa» e viene imposto «all'Amministrazione, in prospettiva conformativa, l'onere di procedere alla integrale rinnovazione del procedimento, previa attivazione di effettivo contraddittorio procedimentale con la ricorrente, che dovrà prendere parte anche alle nuove verifiche istruttorie».

ni devono essere congrui⁶², e al *quomodo* delle modalità esecutive. Se può essere difficile, se non addirittura impossibile, ipotizzare margini di scelta circa le modalità di esecuzione della demolizione e della rimozione delle opere abusive, misure previste per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale o parziale difformità dallo stesso o con variazioni essenziali⁶³ e per le ipotesi di interventi di ristrutturazione edilizia realizzati in assenza di permesso di costruire o in totale difformità da esso⁶⁴, lo stesso non potrebbe affermarsi, ad avviso di chi scrive, quando siano previste la misura del ripristino dello stato dei luoghi, da eseguire a seguito di demolizione⁶⁵ e la misura della restituzione in pristino nel caso di interventi ed opere di ristrutturazione edilizia eseguiti, in assenza di permesso o in totale difformità da esso, su immobili vincolati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio⁶⁶. Infatti, con riguardo alla misura del ripristino dello stato dei luoghi e alla misura della restituzione in pristino degli immobili vincolati, si ritiene possa essere ipotizzabile un margine di scelta in merito alle concrete modalità di esecuzione delle operazioni da compiere per l'attività di ripristino, scelta che potrebbe avvantaggiarsi anche delle osservazioni rese dalla parte tenuta all'attuazione delle operazioni stesse. In particolare, di una certa utilità potrebbe essere l'apporto collaborativo della parte obbligata al ripristino nel caso di immobili vincolati atteso che potrebbe darsi il caso che essa possa avere maggior conoscenza della consistenza e delle caratteristiche dell'originario organismo edilizio da ricostituire di quanto non possa avere l'autorità preposta a vigilare sull'osservanza del vincolo. Sotto un altro profilo, come anticipato in precedenza, l'apporto collaborativo-cooperativo del destinatario della misura di ripristino potrebbe rivelarsi utile in particolare per quanto attiene ai tempi che potrebbero essere concretamente necessari per l'esecuzione della demolizione e della rimozione degli abusi e per l'esecuzione delle operazioni necessarie per il ripristino dei luoghi e la restituzione in pristino degli immobili vincolati, tempi che, ove condivisi o, addirittura

⁶² Cfr.: art. 33, c. 1 e art. 34, c. 1, T.u.ed.

⁶³ Si tratta delle fattispecie previste dagli artt. 31, c. 2, 32 e 34, c. 1, T.u.ed.

⁶⁴ Si tratta delle fattispecie previste dall'art. 33, c. 1, T.u.ed.

⁶⁵ Come previsto nell'art. 35, c. 1, T.u.ed. per gli interventi abusivi realizzati su suoli di proprietà dello Stato o di enti pubblici e nell'art. 27, c. 2, T.u.ed. per le opere eseguite senza titolo su aree assoggettate a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici. Parimenti anche come previsto nell'art. 37, c. 2 e c. 3, T.u.ed. per le opere realizzate in assenza di segnalazione certificata di inizio attività, consistenti in interventi di restauro e di risanamento conservativo eseguiti su immobili comunque vincolati in base a leggi statali e regionali nonché dalle altre norme urbanistiche vigenti, o su immobili, anche non vincolati, compresi nelle zone indicate nella lett. A dell'art. 2, d.m. 2 aprile 1968 (zone omogenee).

⁶⁶ Come previsto nell'art. 33, c. 3, T.u.ed. per le opere eseguite su immobili vincolati ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio. La restituzione in pristino andrebbe eseguita, in tale ipotesi, secondo i criteri e le modalità indicati dall'amministrazione competente a vigilare sull'osservanza del vincolo, al fine di ricostituire l'originario organismo edilizio.

concordati, come si dirà di seguito, potrebbero essere maggiormente rispondenti al canone della congruità il cui rispetto è richiesto espressamente dal legislatore.

Prendendo quindi le mosse dalla considerazione secondo cui un'attività interamente vincolata non sembrerebbe in concreto ipotizzabile nell'ambito dei procedimenti di carattere ripristinatorio, in quanto residuerebbero comunque spazi in cui possono essere compiute valutazioni discrezionali e tecnico-discrezionali in ordine alle misure di ripristino, quantomeno con riguardo ai tempi e alle modalità di esecuzione delle stesse nei termini appena delineati e partendo dall'assunto che parte della dottrina e della giurisprudenza (le cui posizioni al riguardo si avrà modo di rammentare di seguito) ammettono la possibilità che si faccia ricorso allo strumento dell'accordo ove sia svolta attività di tipo vincolato "aperta" all'esercizio di valutazioni discrezionali e tecnico-discrezionali, si intende svolgere alcune considerazioni in ordine alle potenzialità che lo strumento dell'accordo integrativo potrebbe disvelare qualora "integrasse" il contenuto, sotto i profili in precedenza individuati, delle misure di ripristino.

In via preliminare, però, come appena accennato, si ritiene opportuno richiamare il dibattito sviluppatosi in dottrina e in giurisprudenza circa l'ammissibilità dello strumento consensuale a fronte dell'esercizio di attività vincolata. Secondo il tenore letterale della disposizione di cui all'art. 11, c. 1, l. 241/1990⁶⁷, il ricorso all'accordo sostitutivo e all'accordo integrativo sarebbe ammissibile solo nelle ipotesi in cui venga esercitato il potere discrezionale e non anche quando si tratti di attività vincolata esercitata dalla pubblica amministrazione⁶⁸ in quanto in tal caso gli effetti sarebbero interamente disciplinati dalla norma⁶⁹.

⁶⁷ In termini generali in materia di accordi tra privati e pubblica amministrazione *ex multis*: R. Ferrara, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; A. Masucci, *Trasformazioni dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 2, 237 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996; N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 1 ss.; F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431 ss.; F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2003; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. Scoca, F. Roversi Monaco, G. Morbidelli (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003, 55 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa negoziale*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.; F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

⁶⁸ N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, cit., 54; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 10; G. Rossi, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, I, 354 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2007, Bologna, 340; Id., *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 141; M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 270.

⁶⁹ Cfr.: F. Cancelli, *L'Art. 11, commi 1 e 4-bis*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 288 che evidenzia che ogni accordo che dovesse deter-

Tuttavia, come noto, da parte della dottrina e della giurisprudenza si ritiene ammissibile il ricorso all'attività consensuale anche laddove vi sia esercizio di potere vincolato, ogniqualvolta siano ravvisabili al suo interno spazi di discrezionalità, cioè, in altri termini, quando negli atti di natura vincolata sia configurabile un contenuto, ancorché parziale e marginale, di tipo discrezionale⁷⁰.

È stato fatto osservare che andrebbe operata una distinzione tra la scelta dello strumento consensuale e l'oggetto della valutazione-decisione condivisa, traspunta nell'accordo concluso tra la pubblica amministrazione e la parte privata⁷¹. Vi sarebbe, infatti, un preventivo ambito di esercizio del potere discrezionale, riservato esclusivamente alla pubblica amministrazione e relativo alla scelta di agire tramite l'accordo – discrezionalità sull'*an* – ed un successivo ambito di discrezionalità all'interno dell'attività vincolata, relativo al quando, al *quomodo* e al *quid* della valutazione da compiersi e oggetto di possibile condivisione tra la pubblica amministrazione e la parte privata⁷².

In giurisprudenza è stato rilevato come l'accordo potrebbe riguardare elementi di discrezionalità relativi al quando o al *quomodo* del contenuto del provvedimento vincolato finale⁷³, oltre che profili di discrezionalità anche tecnica, riguardo ai quali si dovrebbe ammettere la possibilità di una determinazione consensuale tra il decisore pubblico ed il soggetto privato al fine di adottare la scelta finale di carattere tecnico⁷⁴.

Poste queste premesse, ai fini delle considerazioni che si intende svolgere in ordine all'utilità dello strumento dell'accordo integrativo del contenuto di un provvedimento di ripristino, si ritiene paradigmatica, in quanto rappresenta la prima apertura verso l'impiego dello strumento dell'accordo anche in ordine alla determinazione delle misure di ripristino, la vicenda esaminata dal Consiglio di Stato relativa ad un'autorizzazione in sanatoria in materia edilizia⁷⁵ ex art.

minare la produzione di effetti diversi da quelli previsti dalla norma si tradurrebbe in un'azione *contra legem*.

⁷⁰ *Ex multis*: N. Bassi, *Una giusta dose di flessibilità nell'applicazione degli istituti della consensualità amministrativa*, in *Foro amm.*, Cds, 2008, 433 ss.; S. Vasta, *Accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 e attività vincolata*, in *Foro amm.*, Cds, 2008, 1458 ss.; G. Sciuolo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 821; F. Lemetre, *Esercizio consensuale del potere ed attività vincolata della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2008, 446 ss.

⁷¹ S. Vasta, *Accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 e attività vincolata*, cit., 1458.

⁷² S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, (Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione), Milano, 1997, 120; S. Vasta, *Accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 e attività vincolata*, cit., 1458.

⁷³ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2632, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1141.

⁷⁴ G. Sciuolo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, cit., 821.

⁷⁵ La vicenda oggetto della pronuncia riguardava la richiesta da parte dell'autore di un abuso edilizio, abuso consistente nella realizzazione di un'opera in difformità dal permesso di costruire, di un permesso in variante in parziale sanatoria. Tale istanza era stata preceduta da un incontro con l'amministrazione comunale nel quale veniva redatto il verbale d'audizione sottoscritto dall'istante e dal funzionario pubblico e relativo alle modalità di regolarizzazione delle opere edilizie che erano state realizzate in difformità rispetto al titolo edilizio.

36, T.u.ed., il cui rilascio è stato subordinato all'adempimento di quanto deciso consensualmente in un accordo in ordine all'esecuzione di misure di ripristino, adempimento che rappresentava, quindi, la condizione per il rilascio del permesso in sanatoria⁷⁶.

Le ragioni che giustificano il riferimento alla citata vicenda che non riguarda, come evidenziato, direttamente provvedimenti di ripristino ma il rilascio di un permesso in sanatoria subordinato all'esecuzione di misure ripristinatorie, si fondano sull'intenzione di mettere in evidenza le potenzialità dello strumento pattizio anche quando siano da adottare misure dirette al ripristino della legalità violata, senza voler, però, sottacere le censure che sia il giudice penale che quello amministrativo hanno mosso con riguardo alla legittimità di una sanatoria degli abusi edilizi "condizionata" e alla idoneità della stessa ad estinguere il reato di cui all'art. 44, T.u.ed.

A tal proposito, sia la Corte di cassazione, sezione penale⁷⁷, che il giudice amministrativo⁷⁸ hanno inteso chiarire che deve considerarsi illegittimo ed inidoneo a determinare l'estinzione del reato edilizio di cui all'art. 44, T.u.ed. il rilascio di un permesso di costruire in sanatoria condizionato all'esecuzione di specifici interventi finalizzati a ricondurre il manufatto abusivo nell'alveo della conformità agli strumenti urbanistici, sul presupposto che tale subordinazione contrasterebbe ontologicamente con la "ratio" della sanatoria, collegabile alla già avvenuta esecuzione delle opere e alla loro integrale rispondenza alla disciplina urbanistica in tema di reati urbanistici. Inoltre, è stato rammentato che la sanatoria degli abusi edilizi potrebbe essere idonea ad estinguere il reato previsto dall'art. 44, T.u.ed. solo ove ricorressero tutte le condizioni espressamente indicate dall'art. 36, T.u.ed., e cioè, precisamente, la c.d. doppia conformità delle opere alla disciplina urbanistica, ossia conformità alla disciplina in vigore al momento della realizzazione del manufatto e conformità alla disciplina vigente al momento della presentazione della domanda di sanatoria⁷⁹.

Nella pronuncia relativa all'autorizzazione in sanatoria condizionata, il verbale di audizione, sottoscritto dall'autore dell'abuso che richiedeva il rilascio dell'autorizzazione in sanatoria e dall'amministrazione comunale, veniva qualifi-

Sottoscrivendo il verbale la parte privata aveva assunto l'impegno di realizzare le opere di ripristino e l'amministrazione comunale si era impegnata a rilasciare il permesso in variante in parziale sanatoria. Nonostante i reciproci impegni assunti all'atto della sottoscrizione del verbale d'audizione, la parte privata non aveva proceduto alla realizzazione delle opere di ripristino e l'amministrazione comunale, di conseguenza, aveva rigettato l'istanza del titolo in sanatoria.

⁷⁶ Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Foro amm. Cds*, 2008, 1451.

⁷⁷ Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2019, n. 13084, in *Dir. & Giust.*, 2019, 27 marzo e in <https://www.iusexpolver.it>; Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 4939, in <https://www.iusexpolver.it>.

⁷⁸ Tar Marche, Ancona, sez. I, 3 giugno 2016, n. 358 e Tar Liguria, Genova, sez. I, 26 febbraio 2014, n. 360, entrambe in <https://www.iusexpolver.it>.

⁷⁹ Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2019, n. 13084, cit.

cato dal Consiglio di Stato come un accordo procedimentale da intendersi come «un vero e proprio strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un' utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale»⁸⁰. Tale accordo aveva ad oggetto le modalità di regolarizzazione, attraverso la previsione condivisa di misure di ripristino, delle opere edilizie realizzate in difformità rispetto al titolo edilizio⁸¹. Sulla medesima vicenda, in primo grado, il giudice ha inteso precisare che l'amministrazione, accertato un abuso edilizio, non può disporre o transigere con l'autore dell'abuso sul doveroso esercizio del potere sanzionatorio o repressivo, e quindi sull'interesse pubblico primario volto al riequilibrio dell'assetto urbanistico, ma può, invece, «identificare e graduare in via consensuale gli interessi secondari rispettivamente connessi al contenuto e alle modalità di esecuzione dei doveri che gravano su questi»⁸². Espressamente, poi, il giudice di prime cure ha riconosciuto che «un nucleo di negoziabilità consensuale, riconducibile all'archetipo concettuale disegnato all'art. 11, l. 241/1990, è pur sempre rintracciabile laddove l'amministrazione ed il privato individuano le misure ripristinatorie, graduano le modalità di esecuzione di esse, stabilendo che, una volta adempiute, sarà rilasciato il permesso di costruire in sanatoria»⁸³.

Ora ci si domanda se spazi di co-decisione siano configurabili anche con riferimento alle misure di ripristino previste per le ipotesi di abusi edilizi, attraverso il ricorso allo strumento dell'accordo integrativo del contenuto delle misure stesse.

A tale riguardo, analizzando sia le fattispecie che integrano le varie ipotesi di abusi edilizi che sono state prese in considerazione, le quali consistono nella realizzazione di opere non assentite o difformi, totalmente o parzialmente, dalla disciplina urbanistica ed edilizia, che le relative misure di ripristino previste, si ritiene non ipotizzabile il ricorso allo strumento dell'accordo integrati-

⁸⁰ Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, cit.

⁸¹ Nella pronuncia viene precisato che anche nei procedimenti diretti all'adozione di atti di natura vincolata possono sussistere ambiti nei quali l'amministrazione esercita il potere discrezionale. In particolare, si metteva in evidenza che nel procedimento diretto all'adozione dell'autorizzazione in sanatoria in materia edilizia potrebbe sussistere uno spazio per l'esercizio di «poteri chiaramente discrezionali quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al *quantum*, al *quomodo* ed al quando degli adempimenti da eseguire». Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, cit.

⁸² Tar Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n. 542, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁸³ Tar Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n. 542, cit. In senso critico rispetto alle conclusioni del Tar Liguria si è espresso F. Saitta, il quale ha affermato che «la pronuncia si inserirebbe in un filone di pensiero che, forse forzando un po' il dato letterale, ritiene che, specie alla luce dell'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241 del 1990, l'antica impostazione secondo la quale il diritto comune, ordinario nelle pubbliche amministrazioni, è il diritto amministrativo (come branca del diritto pubblico), mentre il diritto privato è l'eccezione, sarebbe stata ribaltata, sicché oggi sarebbe il diritto amministrativo, cioè l'utilizzo degli strumenti pubblicistici di azione, a dover essere espressamente previsto dalla legge; altrimenti, le amministrazioni opererebbero come soggetti di diritto comune, utilizzando la strumentazione privatistica». F. Saitta, *Sulla negoziabilità delle condizioni cui subordinare la sanatoria degli abusi edilizi: notazioni su un'insuale ipotesi di accordo integrativo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 736 ss.

vo per la individuazione delle misure ripristinatorie in quanto si tratta di misure tipizzate dalle norme relativamente ai vari abusi edilizi, consistenti nella rimozione o demolizione dell'intervento abusivo e nel ripristino dello stato dei luoghi e comunque attinenti al profilo dell'*an* dell'azione amministrativa, in quanto tale sottratto alla determinazione consensuale tra le parti.

Si ritiene ipotizzabile, invece, aprire la strada allo strumento pattizio al fine di individuare e graduare, nei termini che verranno di seguito esplicitati, le modalità esecutive delle misure di ripristino per renderle in tal modo maggiormente adeguate alla realtà di fatto, valorizzando così la loro portata rimediale ed incentivando la loro esecuzione da parte dei soggetti obbligati⁸⁴. Sotto quest'ultimo profilo, quindi, l'apporto della parte privata, autore dell'abuso edilizio, per il tramite della partecipazione al procedimento, potrebbe essere utile, oltre che, come si è cercato di evidenziare, nella fase dell'attività istruttoria dove vengono svolti gli accertamenti, anche di carattere tecnico, dei presupposti di fatto, le misurazioni, le verifiche e i riscontri, solitamente nella realtà «unilateralmente e solitariamente valorizzati dall'Ente»⁸⁵, anche in vista della decisione finale che verrà trasposta nel provvedimento di ripristino ed il cui contenuto potrebbe essere il frutto dell'accordo concluso tra la parte e l'autorità preposta all'adozione del provvedimento e riguardare l'individuazione e la graduazione delle concrete modalità di esecuzione delle misure di ripristino necessarie per ristabilire effettivamente l'ordine violato.

Così, per le ipotesi di abusi edilizi in ordine alle quali sono previste le misure ripristinatorie della rimozione o demolizione, come accade per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità da esso o con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'art. 32, T.u.ed., disciplinati dall'art. 31, c. 2, T.u.ed., per gli interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza di permesso di costruire o in totale difformità da esso, previsti dall'art. 33, c. 1, T.u.ed., e per gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, contemplati dall'art. 34, c. 1, T.u.ed., la graduazione delle modalità esecutive delle misure ripristinatorie potrebbe tradursi nella fissazione in via consensuale, cioè per il tramite di un accordo integrativo del provvedimento che le prevede, di termini congrui per la loro esecuzione⁸⁶.

⁸⁴ M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 684 ss. L'Autrice evidenzia, tra i vari indubbi vantaggi che potrebbero derivare dall'utilizzo dello strumento dell'accordo, la garanzia della sua esecuzione in quanto deve essere rispettato dagli stessi soggetti che lo hanno voluto laddove, per contro, il ricorso a strumenti autoritativi potrebbe recare con sé il rischio della disobbedienza e il dovere dell'esecuzione forzata e autoritaria.

⁸⁵ Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 agosto 2017, n. 1359, cit.

⁸⁶ È stato evidenziato come «a parità di "resa economica", l'accordo dovrebbe comunque essere preferito al provvedimento, perché in grado di accelerare il procedimento e di renderne gli sviluppi (...) del tutto tempestivi». F. Tiganò, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002, 170 ss.

Oggetto di accordo integrativo tra l'autorità preposta all'adozione delle misure di ripristino e la parte destinataria delle stesse potrebbero essere le concrete modalità di esecuzione della misura consistente nel ripristino dello stato dei luoghi e della misura rappresentata dalla restituzione in pristino degli immobili vincolati, in ordine alla determinazione delle quali, come si è sottolineato, potrebbe essere utile in vista della loro effettiva attuazione il recepimento delle osservazioni della parte obbligata al ripristino, le quali, appunto, potrebbero essere recepite nello strumento pattizio.

Perché questo possa avvenire è però indispensabile che il destinatario del provvedimento di ripristino, prima di ricevere l'ordine nel quale esso si sostanzia, venga avvisato dell'inizio del relativo procedimento, cioè, in altri termini, è necessario che sia rispettata la regola che prevede la comunicazione d'avvio del procedimento. In tal modo potrà essere pienamente garantita al destinatario della misura ripristinatoria la possibilità di partecipare agli «accertamenti, alle misurazioni, alle verifiche e ai riscontri»⁸⁷, talvolta complessi, a motivo, come si è evidenziato, della molteplicità e della complessità degli elementi che contraddistinguono la fattispecie astratta prevista dalle norme, di far valere, se del caso, un errore di fatto, un travisamento dei fatti, o un errore di diritto, oltre che, come evidenziato dalla giurisprudenza, di «identificare e graduare in via consensuale gli interessi secondari rispettivamente connessi al contenuto e alle modalità di esecuzione dei doveri che gravano su questi»⁸⁸.

⁸⁷ Il giudice, come rammentato in precedenza, ha sottolineato come gli accertamenti, le misurazioni, le verifiche e i riscontri vengano «unilateralmente e solitariamente valorizzati dall'Ente». Cfr.: Tar Campania, Salerno, sez. II, 29 agosto 2017, n. 1359, cit.

⁸⁸ Tar Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n. 542, cit.

Anna Porporato - Abstract

Alcune riflessioni sui provvedimenti di carattere ripristinatorio adottati in materia di edilizia ed urbanistica

Riguardo ai provvedimenti ripristinatori adottati a fronte di abusi edilizi, la giurisprudenza mostra da tempo un comportamento oscillante in ordine alla doverosità della comunicazione d'avvio del procedimento e alla utilità della partecipazione ad esso da parte dei soggetti interessati. Il lavoro analizza il panorama giurisprudenziale anche indagando la rilevanza della possibile conclusione di un accordo tra la parte destinataria del provvedimento ripristinatorio e l'autorità preposta alla sua adozione.

Some reflections on the restoration measures adopted in the field of building and urban planning

With regard to restoration measures adopted in the case of illegal building, jurisprudence has long displayed an alternating behaviour in relation to the compulsory nature of communication of the start of procedures and the usefulness of stakeholders' participation in it. This paper analyses the jurisprudential literature, investigating inter alia the relevance of the possible signing of an agreement between the addressee of the restoration measures and the authority responsible for its adoption.

Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve *excursus* fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico

Mariano Fazio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I pareri del Consiglio di Stato sulle «vecchie» linee guida dell'ANAC: la classificazione proposta e alcune implicazioni sostanziali. 3. (*Segue*) I criteri per differenziare le linee guida. – 4. (*Segue*) Una sintesi e alcune criticità. – 5. Il ritorno al regolamento unico sancito dal decreto-legge n. 32 del 2019, cosiddetto «Sblocca Cantieri». – 6. Bilancio e conclusioni.

1. *Premessa*

Tra le novità più significative della riforma dei contratti pubblici prevista dalla legge delega 28 gennaio 2016 n. 11¹ v'era senza dubbio l'abbandono del modello del regolamento unico (d.p.r. 207/2010), in favore di un sistema di attuazione della disciplina primaria, contenuta nel Codice, oltremodo variegato, visto che, tra decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, atti dell'ANAC, d.p.c.m., decreti di altri Ministri, atti demandati alla Consip e alle centrali di committenza, il parere della Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato², reso sulla bozza di quello che sarebbe stato poi promulgato come d.lgs. n. 50/2016, aveva contato oltre cinquanta atti *lato sensu* attuativi³.

Al centro del presente elaborato vi sono le linee guida adottate con delibera dell'ANAC, che dopo l'esperienza del regolamento unico sembrava dovessero

¹ Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

² D'ora innanzi, per comodità, il Consiglio di Stato.

³ Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016 n. 855, 31 e ss.

rappresentare l'estremo tentativo di conciliare esigenze di flessibilità e certezza dei rapporti giuridici nella materia *de qua*⁴.

L'uso del passato è dovuto al fatto che, nelle more della pubblicazione del presente contributo, il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32⁵, cosiddetto «Sblocca

⁴ La letteratura sui nuovi poteri di regolazione in materia di contratti pubblici attribuiti all'ANAC è già ricchissima. Per un recente lavoro di impronta monografica si veda P. Pantalone, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018. Più in generale, sulle linee guida, cfr. V. Italia, *Le linee guida e le leggi*, Milano, 2016 (ma dello stesso Autore si vedano anche *L'anatomia delle leggi*, Milano, 2018 e *Guida allo studio del diritto. Metodo per comprendere le regole giuridiche*, Milano, 2018). Tra gli articoli su rivista si segnalano: R. Cantone, C. Bova, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo codice degli appalti?*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 2; M.P. Chiti., *Il nuovo codice dei contratti pubblici il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, www.giustizia-amministrativa.it, 2016; F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, <http://www.italiappalti.it>, 2016; C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, *GiustAmm.it*, 2016; C. Contessa, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; P. Cosmai, *La nuova governance degli appalti pubblici: partono le linee guida ANAC*, *Azienditalia*, 2016, 6; E. D'Alterio, *Il nuovo codice dei contratti pubblici regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4; R. De Nicolis, *Il ruolo dell'ANAC nei settori speciali e il sistema della regolazione flessibile*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2017, della stessa Autrice si segnalano anche altri articoli sul tema: *Il codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, Urbanistica e appalti*, 2016, 5, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida ANAC sui gravi illeciti professionali*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016; *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1 luglio 2017, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2017; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2016; L. De Pauli, L. Mazzeo, *Le Linee Guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali, Urbanistica e Appalti*, 2018, 2; F. Di Cristina, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione. La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11; V. Italia, *I Regolamenti comunali sui contratti pubblici, il Codice dei contratti pubblici e le Linee guida dell'ANAC, Diritto e processo amministrativo*, 2018, 1, 5-12; N. Mari, *Linee Guida ANAC: la soft law e la gerarchia delle fonti*, www.italiappalti.it, 2017; M. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, *Diritto Amministrativo*, 2016, 3; V. Neri, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione, Urbanistica e appalti*, 2018, 2; N. Parisi, M.L. Chimenti, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici, Diritto del Commercio Internazionale*, 2015, 2; R. Proietti, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche, Corriere Giur.*, 2016; M.G. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema, Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3; L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2016, 2; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2016, 1; S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>, 2017, 1; S. Usai, *L'intensità del principio di rotazione nelle nuove linee guida n. 4 dell'ANAC, Appalti e Contratti*, 2018, 6. Sulla nuova disciplina dei contratti pubblici: Aa.Vv., *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, <https://www.italiadicide.it>, 2016; M. Cafagno, *Analisi economica e procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, alla luce delle nuove direttive europee, Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 21; F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 6; G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 5; A. Pajno, L. Torchia (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, <http://www.astrod-online.it>, 2015; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 5; L. Torchia L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari, Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3.

⁵ Convertito dalla legge 14 giugno 2019 n. 55.

Cantieri», ha programmato un ritorno allo schema del regolamento unico e, con esso, una rideterminazione dei poteri di regolazione attribuiti all'Autorità nazionale anticorruzione.

Lo scritto seguirà pertanto un itinerario evolutivo.

La parte iniziale sarà parametrata all'attuale assetto prescrittivo (gli atti attuativi adottati sulla base delle norme codicistiche abrogate dallo Sblocca Cantieri rimarranno efficaci fino alla data di entrata in vigore del nuovo regolamento) e rievocherà le soluzioni ai problemi di inquadramento delle delibere dell'ANAC, coevi alla riforma del 2016, formulate dal Consiglio di Stato nell'ambito del già richiamato parere sullo schema del d.lgs. n. 50 del 2016 e in altri pareri consultivi resi sulle prime bozze di linee guida⁶.

Questo excursus offrirà gli spunti necessari per articolare, nella parte finale del lavoro, un commento critico che verrà indirizzato, dapprima, alle soluzioni in quella sede elaborate per contenere lo spazio applicativo delle – già «vecchie» – linee guida «vincolanti» dell'ANAC e, successivamente, alla più recente decisione governativa di interrompere la sperimentazione del modello di attuazione delineato dalla l. n. 11 del 2016, in favore di un nuovo regolamento unico.

2. *I pareri del Consiglio di Stato sulle «vecchie» linee guida dell'ANAC: la classificazione proposta e alcune implicazioni sostanziali.*

Di fronte alla bozza di d.lgs. n. 50 del 2016⁷, il Consiglio di Stato avvertì anzitutto l'esigenza di isolare le norme fondative del nascente sistema di attuazione del Codice.

L'attenzione cadde sulle disposizioni dell'art. 1 della legge delega n. 11 del 2016, che attribuivano all'ANAC il potere di adottare «atti di indirizzo, quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, eventualmente dotati di efficacia vincolante e comunque impugnabili in sede giurisdizionale amministrativa» (art. 1, comma 1, lett. t), che demandavano al Governo l'individuazione dei casi in cui all'adozione degli «atti di indirizzo» avrebbe dovuto seguire la trasmissione alle Camere di apposite relazioni (art. 1, comma 1, lettera u) e che, nell'ipotizzare l'abrogazione (da parte del decreto

⁶ Sullo sfondo della classificazione veicolata dai pareri del Consiglio di Stato aleggiavano questioni ancora dibattute sul sistema delle fonti del diritto amministrativo – come l'individuazione concreta della linea di demarcazione tra gli atti normativi, in particolare regolamentari, e gli atti amministrativi generali, la qualificazione e il regime giuridico delle direttive e delle circolari, l'inquadramento della *soft law* – che non si ha naturalmente la pretesa di risolvere in questa sede. Per gli ampi e puntuali riferimenti bibliografici su questi temi, cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit. Si rimanda inoltre alle note immediatamente successive (cfr. in particolare nota 7).

⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, cit.

di riordino)⁸ del regolamento di esecuzione e attuazione del vecchio codice dei contratti pubblici, prevedevano l'emanazione di «linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti», da trasmettere alle Commissioni parlamentari, per il parere di competenza (art. 1, commi 4 e 5).

Sulla base di questi addentellati il Consiglio di Stato concluse che la volontà del legislatore era stata di affidare l'attuazione del d.lgs. 50 del 2016 a tre differenti tipologie di atti: le linee guida proposte dall'ANAC e adottate con decreto del Ministero dei trasporti e delle infrastrutture (la prima) e le linee guida adottate con delibera dell'ANAC, che potevano assumere carattere «vincolante» (la seconda) oppure «non vincolante» (la terza)⁹.

Se i decreti del Ministero dei trasporti che recepiscono le proposte dell'Autorità furono inquadrati, indipendentemente dal *nomen juris* fornito dalla delega e dallo stesso codice, tra i regolamenti ministeriali di cui all'art. 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (con tutte le conseguenze di regime che questa assimilazione comportava)¹⁰, le delibere dell'ANAC¹¹ vennero accostate – non alla

⁸ La legge delega ha lasciato il Governo libero di scegliere tra una ricezione semplificata delle direttive, seguita da un decreto di riordino dell'intera disciplina e un intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Alla fine l'Esecutivo ha optato per il secondo modello.

⁹ In questi termini, Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767, reso sul testo delle linee guida dell'ANAC in materia di responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa, e servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria.

¹⁰ In particolare, per Cons. Stato, comm. spec., parere 1 aprile 2016, cit., la classificazione rilevarebbe in termini di (i) «forza e valore dell'atto» (tra l'altro, «resistenza all'abrogazione da parte di fonti sotto-ordinate» e «disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale») – ricorda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit. che «il regolamento, a differenza dell'atto amministrativo generale, può essere disapplicato in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità» e che «il provvedimento in contrasto con il regolamento, a differenza di quello in contrasto con l'atto normativo generale, è disapplicabile, dal giudice ordinario o anche tributario» –; (ii) «forma e disciplina procedimentale stabilite dall'art. 17, commi 3 e 4 della legge 23 agosto 1988 n. 400» (comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri, parere del Consiglio di Stato, visto e registrazione della Corte dei conti, pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale), che la legge delega avrebbe inteso rafforzare con la previsione del parere delle commissioni parlamentari; (iii) «prerogative regolamentari riconosciute allo Stato e alle Regioni», tenuto conto dell'art. 117, comma 6, Cost., che riserva al primo la potestà regolamentare nelle sole materie di sua competenza esclusiva e dell'esistenza nella materia dei contratti pubblici di titoli di competenza di queste ultime (cfr. Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 401). Se questi tratti caratterizzano fortemente i regolamenti (ma per una completa rassegna, attenta anche ai profili di diritto penale, cfr. ancora G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.) è noto che, per il resto, le differenze tra regolamenti e atti amministrativi generali tendono a sfumarsi (questo discorso può valere, ad esempio, per gli attributi riconosciuti ai decreti del Ministero dei trasporti da Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit., relativi alla mancanza di immediata lesività, alla subordinazione alle norme di grado superiore e all'obbligo, per le amministrazioni e gli enti aggiudicatori, di osservarne i precetti, pena l'illegittimità dei provvedimenti attuativi). In argomento, tra i contributi più recenti, M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto amministrativo*, 1-2, 2013; M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 4; B. Tonoletti, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, 2-3..

¹¹ Una rassegna delle linee guida appartenenti a questa seconda tipologia è offerta nel quinto paragrafo del presente contributo.

categoria dei regolamenti, bensì – agli atti amministrativi generali «appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti» (quelle vincolanti) o «con valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti di stazioni appaltanti e operatori economici» (quelle non vincolanti)¹².

Come riconobbe lo stesso Consiglio di Stato¹³, il tema della natura delle linee guida si poneva in termini problematici soprattutto per le delibere a carattere vincolante dell'Autorità, poiché, in linea teorica, queste potevano essere considerate anche quali «atti normativi atipici».

Questa affermazione fu duramente criticata in dottrina con l'osservazione che se davvero la legge delega avesse autorizzato l'emanazione di atti di normazione sub-legislativa al di fuori dello schema del regolamento, oltretutto affidandoli alla responsabilità di un'autorità diversa dal Governo, essa sarebbe potuta incorrere in plurime eccezioni di incostituzionalità: per violazione del precetto che configura l'attività di normazione sub-primaria come consentita nella sola forma tipica del regolamento, del riparto di competenze tra Stato e Regioni (se le linee guida avessero riguardato una materia estranea a quelle di competenza esclusiva dello Stato)¹⁴, dell'art. 76, Cost. («l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti»)¹⁵ e delle prerogative consultive del Consiglio di Stato, come riconosciute dall'art. 100 della stessa Carta Costituzione¹⁶ e declinate dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988¹⁷.

Alcuni Autori spinsero questo ragionamento fino alle sue estreme conseguenze e conclusero che – potendo la legge delega validamente fondare un potere normativo solo rispetto ai decreti ministeriali – l'operatività delle linee guida

¹² Così Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit., che sul punto precisa le proposizioni del parere 1 aprile 2016, cit., che si limitavano a inquadrare le linee guida a carattere non vincolante come «ordinari atti amministrativi».

¹³ Cfr. parere n. 14 settembre 2016, cit.

¹⁴ Così C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

¹⁵ Cfr. M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.: «A meno che non si provi la prospettiva è stimolante a contestare la vincolatività delle linee guida che così si autoproclamano, tramite un'eccezione di incostituzionalità della legge delega (art. 1, comma 1, lett. t) che ha attribuito ad autorità amministrative un potere normativo “anche vincolante”, fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti».

In termini simili, C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.: «le disposizioni che autorizzano l'emanazione di atti di normazione sub-legislativa al di fuori dello schema del regolamento... potrebbero, in ipotesi, ritenersi incostituzionali per violazione dell'art. 76 Cost., se contenute in un decreto legislativo, ma senza che la legge delega avesse autorizzato il Governo ad affidare la normazione secondaria a un atto atipico».

¹⁶ «Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione».

¹⁷ Così espressamente, C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit.

dovesse essere circoscritta ai soli ambiti che esulavano dal precetto normativo: l'ANAC, in altri termini, avrebbe potuto adottare solo linee guida *non* vincolanti¹⁸.

Anche la possibilità di assimilare le delibere dell'Autorità a «tipici atti di regolazione di un'autorità indipendente» fu presto messa in discussione: da parte di alcuni, sul ritenuto presupposto che, nel caso di ANAC, sarebbero mancati gli stessi elementi costitutivi del modello delle *Authorities*¹⁹; da parte di altri, sulla base del rilievo più generale che la categoria degli atti di regolazione sarebbe utile per dare un nome all'ampia gamma degli atti delle autorità indipendenti, ma non per stabilire se un determinato atto sia un regolamento o un atto amministrativo generale²⁰.

Muovendo da questo rilievo, una parte della dottrina suggerì di abbandonare il criterio soggettivo incentrato sull'asserita natura di autorità indipendente di ANAC, in favore di un approccio ermeneutico che privilegiasse la considerazione del contenuto oggettivo degli atti, e per tale via giunse ad ascrivere le linee guida vincolanti al genere dei regolamenti²¹, dopo aver osservato, sulla scorta del tradizionale modo di distinguere i regolamenti dagli atti amministrativi generali, che le delibere dell'Autorità non avevano la capacità (propria dei secondi) di «chiudere la fattispecie, producendo effetti nei confronti di destinatari che sono

¹⁸ Così ancora C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, cit. Similmente C. Contessa, *Dalla legge delega al nuovo Codice: opportunità e profili di criticità*, cit.

¹⁹ F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in <http://www.italiappalti.it>: le delibere dell'Autorità non presenterebbero i necessari «caratteri della tecnicità e della settorialità», né interverrebbero «in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo», visto che «nel mercato dei lavori pubblici l'Esecutivo non controll[erebbe], direttamente o indirettamente, alcuna impresa, monopolista o ex monopolista, che rivesta una posizione dominante». ANAC, dal canto suo, non sarebbe un'amministrazione «neutrale». La neutralità, soggiunge l'A. al riguardo, «implica che l'ente non abbia un proprio interesse pubblico da perseguire» né operi «secondo il canone della imparzialità ex art. 97 Cost.», dovendo al contrario «limitarsi ad una sorta di ruolo arbitrale» e porsi «del tutto al di fuori degli interessi in conflitto». Questa logica, tuttavia, difetterebbe rispetto ai poteri di vigilanza che l'ANAC esercita sulle stazioni appaltanti e sulle SOA. E i compiti di prevenzione e contrasto della corruzione che la legge attribuisce all'Autorità accentuerebbero la distanza dai tratti tipici dell'amministrazione neutrale: poiché «l'interesse pubblico in questione, lungi dal presupporre un approccio» (per l'appunto) «neutrale e indifferente rispetto agli interessi in gioco, esprimerebbe una evidente e potente carica finalistica». Inoltre, i poteri regolativi di ANAC non troverebbero nel diritto europeo quello stesso fondamento garantito invece alle altre Autorità indipendenti, poiché le Direttive sui contratti pubblici non avrebbero come destinatarie le autorità indipendenti degli Stati membri, ma le stazioni appaltanti e gli organi di ricorso (in Italia il Giudice Amministrativo), né esse farebbero menzione del fine anticorruzione. Di diverso avviso S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., per la quale i poteri di ANAC troverebbero fondamento nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida).

²⁰ In questi termini F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. nel commentare l'intervento di Giuseppe Morbidelli al convegno di Varenna del 2016 sul tema «L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione».

²¹ Tra i primi M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit. e Morbidelli G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

indeterminati *ex ante* ma determinabili a posteriori» (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 9 maggio 2012, n. 9)²².

Evidentemente questa tesi era antitetica a quella che dalla sostanza normativa delle linee guida ricavava motivi di delegittimazione della riforma. In particolare, per i sostenitori della parificazione delle linee guida vincolanti ai regolamenti non doveva meravigliare il fatto che una legge conferisse un potere regolamentare ad un ente estraneo al circuito della legittimazione democratico-rappresentativa, sia perché la disponibilità del potere regolamentare sarebbe nelle mani del legislatore ordinario²³ sia perché lo stesso potere non sarebbe riducibile né ad un *numerus clausus* né ad una tipizzazione sotto il profilo del *nomen* e della procedura (ché questa tipizzazione sarebbe riscontrabile solo con riguardo ai regolamenti governativi e ministeriali di cui alla l. 400/1988)²⁴. Tanto meno la possibilità di quel conferimento sarebbe preclusa dall'art. 117, comma 6, Cost.: e ciò, non solo perché al fine di radicare la competenza dello Stato si potrebbero richiamare le materie della tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile, ma anche perché le peculiarità di ANAC rispetto alle più comuni autorità indipendenti non sarebbero tali da far concludere per l'equiparazione di questa al modello delle agenzie tecniche al servizio del Governo, di cui all'art. 8 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300 (circostanza questa che si renderebbe concreto il problema dei limiti costituzionali al potere regolamentare statale)²⁵.

Entro questa cornice teorica, la proposta del Consiglio di Stato di assimilare le linee guida vincolanti alla categoria degli atti amministrativi generali acquisì per certi versi la natura e il carattere del compromesso: «il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa *extra ordinem* suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale» – si poteva leggere nel già citato parere sullo schema di d.lgs. n. 50/2016 – «soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti [...pertanto] questo Consiglio di Stato ritiene preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione [...e] logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non

²² Così F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

²³ F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

²⁴ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

²⁵ In questi termini F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. In generale, sulla distinzione tra Agenzie e Autorità amministrative indipendenti, v. E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, fasc. 2, 435.

sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’»²⁶.

La questione venne ripresa e sviluppata nel parere sullo schema di regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso²⁷.

Ivi, il Consiglio di Stato affermò che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare «regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un’esplicita autorizzazione di legge»²⁸, chiarendo in questo modo che le adombrate perplessità non riguardavano la possibilità di riconoscere in capo all’ANAC un potere normativo.

Piuttosto, il Consiglio di Stato arguì che la complessità della classificazione delle linee guida vincolanti derivava dalla discrasia tra la forma (il nome) – visto che, secondo la concezione tradizionale, le linee guida costituirebbero un’espressione propria del potere di direttiva, che si declina per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e quindi mediante l’indicazione di modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti – e la sostanza, ovvero l’efficacia (per l’appunto anche) vincolante riconosciuta agli atti in questione²⁹. In questo quadro – concludeva il parere – «le linee guida vincolanti dovevano essere inquadrate nella *soft law*, riconoscendo loro natura amministrativa, per non derogare al principio di tipicità delle fonti normative che presidia la *hard law*»³⁰.

Lasciando per il momento sullo sfondo il riferimento all’espressione *soft law* (probabilmente utilizzata in senso lato, in quella sede), alla base della sussunzione delle linee guida vincolanti sotto la categoria degli atti amministrativi generali stava dunque la preoccupazione (enfaticata dai sostenitori dell’impostazione più radicale, sopra tratteggiata) di derogare al principio di tipicità degli atti normativi secondari; un timore questo che, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, avrebbe vinto l’apparente distanza delle linee guida dai tratti tipici dell’atto amministrativo, desumibile sia dalla natura vincolante e dalla portata generale, astratta e innovativa delle delibere dell’Autorità, sia dalla loro preordinazione

²⁶ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

²⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

²⁸ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.: «Alle Autorità indipendenti in generale ed a quelle di regolazione in particolare il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, strettamente connesso all’elemento di indipendenza che le connota, esso traducendosi nel riconoscimento del potere di esercitare direttamente i compiti di regolamentazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposte. Per quanto concerne la tipologia di regolamenti che le Autorità indipendenti sono legittimate ad adottare, la disamina può prendere come punto di riferimento il catalogo previsto dall’articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400. Così, né la dottrina né la giurisprudenza dubitano che le Autorità possano adottare regolamenti di esecuzione, di attuazione e di organizzazione, anche a prescindere da un’esplicita autorizzazione di legge». Per un commento a questo passaggio del parere, che involge la c.d. teoria dei poteri impliciti, cfr, tra gli altri, M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 34.

²⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

³⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit.

a sostituire il regime normativo contenuto nel regolamento di attuazione del previgente Codice dei contratti pubblici³¹.

Su un tono apparentemente meno problematico si è invece snodato il dibattito attorno alla qualificazione delle linee guida non vincolanti come «atti amministrativi generali con valore di indirizzo».

Anche la dottrina infatti tendeva ad accostare questa tipologia di linee guida agli «atti amministrativi di indirizzo che – come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) – indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene»³².

La convergenza su questo punto poteva essere validamente riconosciuta a patto però di assegnare alle linee guida non vincolanti, sempre e comunque, una «obbligatorietà» soltanto «condizionata o limitata»³³: ciò in quanto Palazzo Spada era incline a riconoscere alle amministrazioni un'ampia libertà nell'applicazione delle linee guida non vincolanti³⁴.

³¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016, cit. Peraltro, nell'ambito dello stesso parere la riconduzione delle linee guida agli atti amministrativi generali veniva ricollegata anche all'idea che il legislatore avesse inteso affrancare la materia dei contratti pubblici dall'esperienza del passato, in cui l'attuazione e l'esecuzione del codice erano affidate al regolamento unico, a parziale vantaggio (di un soggetto: ANAC e) di uno strumento (le linee guida) differente. Sotto questo diverso angolo visuale, le espressioni contenute nella delega – «atti di indirizzo», «strumenti di regolamentazione flessibile» – potevano forse apparire meno incerte e problematiche, e semmai esprimere la precisa volontà di un cambiamento.

³² M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

³³ Come ricorda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., la terminologia è dovuta a N. Bobbio, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, *Riv. int. fil. dir.*, 1960, 79 e indica per l'appunto che le prescrizioni di una direttiva sono da osservare a meno che non sia possibile dimostrare che vi siano ragioni per non osservarle.

³⁴ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit. Si allontanavano da questa prospettiva coloro che affermavano che le linee guida non vincolanti potessero, come alcune «direttive», assumere «un'efficacia pre-cettiva tale da richiedere la loro piena osservanza» o «cela[re] nelle» loro «indicazioni una vera e propria volontà regolamentare»: cfr. F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit. La figura da ultimo chiamata in causa dall'A. è quella delle circolari-regolamento (o false circolari) – in dottrina definite «atti atipici volti a porre regole generali e astratte aventi per destinatari soggetti esterni all'amministrazione» (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 84) – e il tradizionale modo di distinguere le prime (circolari) dai secondi (regolamenti), fondato sulla circostanza che le circolari, pur aventi contenuto normativo, presenterebbero tuttavia solo norme interne, caratterizzate da generalità e astrattezza, ma prive di efficacia verso l'esterno (Cons. Stato, sez. IV, sentenza 16 febbraio 2012, n. 812). Sull'argomento si veda G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., che osserva: «[...] conosciamo da tempo le circolari-regolamento, cioè atti etichettati come circolari e che invece hanno, per caratteristiche oggettive dei contenuti, natura regolamentare. Lo stesso vale per le direttive che possono avere natura di atto normativo secondario in considerazione del loro contenuto (e non della funzione che rivestono)». Dal momento che è assai arduo rinvenire nelle linee guida dell'ANAC norme di comportamento prive di efficacia verso l'esterno, non si può fare a meno di osservare che questa logica imporrebbe di qualificare come regolamenti tutti (o quasi) gli atti dell'Autorità. Vero è d'altra parte che la Corte di Giustizia non sembra troppo interessata alla distinzione tra norme interne e norme dirette a produrre effetti esterni, mostrando al contrario di ritenere, come nel caso degli orientamenti del Consiglio di Stato che riguardano operatori economici, che quando queste norme vengono introdotte nella prassi, l'amministrazione non possa discostarsene senza fornire ragioni (28 giugno 2005 C-189/02). Questi rilievi involgono l'irrisolta disputa sui diversi modi di intendere le circolari e le direttive; basti considerare che la giurisprudenza

In particolare, in seno al parere sullo schema di linee guida in materia di responsabile unico del procedimento³⁵, si puntualizzò che, se il carattere vincolante delle linee guida avrebbe sottratto alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori ogni potere valutativo in fase di attuazione³⁶, questi soggetti sarebbero stati sempre liberi di disattendere le previsioni delle linee guida non vincolanti, a patto di una adeguata e puntuale motivazione: le amministrazioni «potranno non osservare le linee guida anche se queste dovessero apparire prescrittive, perché ad esempio «riproducono una disposizione del precedente regolamento attuativo, se la peculiarità della fattispecie concreta giustifichi una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC ovvero se la vicenda puntuale evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa»³⁷. Al di fuori di questa ipotesi – soggiungeva il Consiglio di Stato, in accordo con la dottrina – la violazione delle linee guida non vincolanti avrebbe integrato un elemento sintomatico dell'eccesso di potere, alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di violazione delle circolari³⁸.

Venendo ad alcune implicazioni della classificazione, la possibilità di distinguere le linee guida (in vincolanti e non) aveva non pochi riflessi, soprattutto per quello che concerneva la forma espositiva (contenuti) e il procedimento di approvazione.

Sotto il primo profilo, sempre commentando lo schema del Codice, il Consiglio di Stato suggerì la necessità che quelle a carattere vincolante recassero anzitutto «precetti», senza tuttavia negare la possibilità di «indicazioni discorsive», che anzi venivano espressamente ammesse, sul presupposto di una loro coerenza con la natura non normativa delle deliberazioni dell'Autorità. Successivamente il Consiglio di Stato mutò il proprio orientamento, se non altro perché, in riferi-

del *Conseil d'État* lascia intravedere quattro differenti regimi giuridici: «la circolare non imperativa, che non può essere deferita al giudice né opposta all'amministrazione; la circolare imperativa regolamentare, che è suscettibile di ricorso per eccesso di potere e invocabile dagli amministrati; la circolare imperativa interpretativa che può essere egualmente deferita davanti al giudice dell'eccesso di potere, mentre l'amministrato non può avvalersene contro l'amministrazione; la direttiva che il giudice non può conoscere per via d'azione, ma di cui l'amministrato può avvalersi nei suoi rapporti con l'amministrazione» (M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.; per una rassegna attenta alla giurisprudenza italiana cfr., tra gli altri, R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018).

³⁵ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, n. 1767.

³⁶ Sicché in mancanza di un intervento caducatorio questi sarebbero sempre obbligati a darvi concreta attuazione, a pena di illegittimità degli atti consequenziali. Sul punto il parere (2 agosto 2016 n. 1767) precisa altresì che la «vincolatività delle linee guida non esaurisce sempre la discrezionalità esecutiva delle amministrazioni», se non altro perché questa dipende dal concreto atteggiarsi della norma («occorre infatti valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con un ulteriore svolgimento da parte delle singole stazioni appaltanti di proprie attività valutative e decisionali»).

³⁷ Così Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

³⁸ Nel solco dell'accostamento proposto dal Consiglio di Stato, prendendo a prestito le parole utilizzate in dottrina per riassumere il pensiero di Federico Cammeo sulle circolari amministrative, si dovrebbe concludere, insomma, che vi è una «implicita clausola generale di derogabilità in sede esecutiva» che investe le linee guida non vincolanti: queste, in altri termini, «costituirebbero un parametro che vincola sì l'amministrazione, ma che è privo della rigidità del regolamento, lasciando pur sempre un margine motivato e non arbitrario, di apprezzamento discrezionale del caso concreto»: cfr. M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit.

mento alle linee guida vincolanti sulle modalità di svolgimento delle funzioni di direzione e controllo dell'esecuzione dei contratti, biasimò la pedissequa riproduzione di norme primarie (assumendo che nella migliore delle ipotesi questa operazione avrebbe potuto ingenerare negli interpreti e operatori di settore incertezze nella ricostruzione del quadro regolatorio della materia) e caldeggiò che le linee guida assumessero la veste formale di un «articolato», recante i «titoli dei paragrafi e degli articoli», al fine di veicolare «precetti espressi in modo chiaro, compiuto, disposti secondo un ordine razionale e in un quadro complessivamente rispondente a canoni di organicità»³⁹.

Non era dubbio invece che l'obbligatorietà «condizionata» propria delle linee guida non vincolanti giustificasse un minore rigore nell'enucleazione degli indirizzi impartiti alle amministrazioni⁴⁰.

Quanto al procedimento di approvazione, per le linee guida a carattere vincolante avrebbero dovuto trovare spazio le garanzie procedurali rispondenti ai principi di *better regulation*, normalmente assicurate dalle Autorità di regolazione. Al riguardo il Consiglio di Stato, con una proposta poi recepita dal Governo, suggerì l'integrazione dell'art. 213 dell'originario schema di Codice, con una disciplina procedimentale che includesse sia forme di consultazione, pubblicità e pubblicazione delle linee guida, sia metodi di analisi (AIR), verifica (VIR) e codificazione delle stesse⁴¹.

In riferimento alle linee guida non vincolanti, il Consiglio di Stato affermò invece che la natura flessibile degli atti ne avrebbe giustificato un'adozione «unilaterale», pur riconoscendo l'opportunità della prassi, seguita dall'Autorità, di optare per una modalità di adozione sempre preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati⁴².

3. (Segue) *I criteri per differenziare le linee guida*

Commentando i primi schemi di linee guida dell'ANAC⁴³ – rispetto ai quali la dottrina manifestò subito una certa preoccupazione, a causa dell'ambizione

³⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016, n. 2282.

⁴⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

⁴¹ La proposta di assicurare alle linee guida vincolanti le garanzie procedurali e di qualità della regolazione applicate alle Autorità indipendenti risale al parere 1 aprile 2016; ma sui medesimi profili si veda anche il parere 2 agosto 2016, cit.

⁴² A non cambiare, invece, sarebbero le implicazioni di natura costituzionale: indipendentemente dalla loro efficacia, la natura non regolamentare riconosciuta alle linee guida adottate direttamente dall'ANAC avrebbe l'effetto di escludere i limiti che il sesto comma dell'art. 117 Cost. pone all'esercizio del potere regolamentare statale (cfr. nota 10).

⁴³ Va segnalata al riguardo la prassi dell'Autorità di optare sistematicamente per la modalità di adozione delle linee guida preceduta dall'apporto consultivo del Consiglio di Stato, indipendentemente dall'efficacia giuridica loro impressa dalla legge.

dell'Autorità⁴⁴ a voler «integrare» la disciplina dei contratti pubblici⁴⁵ –, il Consiglio di Stato chiarì che solo il potere di adottare linee guida a carattere non vincolante era stato autorizzato con previsione generale dal legislatore del nuovo Codice: ciò, in quanto l'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 – quando stabilì(va) che «l'ANAC, attraverso linee guida [...] ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti» – si riferiva alla possibilità di introdurre, non precetti (o «comandi», per riprendere una felice espressione utilizzata in dottrina)⁴⁶, ma indirizzi e buone prassi applicative⁴⁷ («consigli»)⁴⁸.

Questa soluzione interpretativa riduceva e non di poco lo spazio del problema della qualificazione delle linee guida, visto che lo confinava alle disposizioni del Codice di contenuto specifico che individuavano le linee guida e gli altri atti innominati di competenza dell'ANAC, rispetto alle quali soltanto aveva senso porre l'alternativa (vincolante o non vincolante): queste disposizioni erano racchiuse negli artt. 31, comma 5 (compiti del RUP), 36 comma 7 (procedure dei contratti sotto soglia), 38 c. 6 (modalità attuative del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti), 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara), 80 comma 13 (mezzi di prova del grave illecito professionale), 83 comma 10 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni), 83 comma 10 (rating di impresa), 84 comma 2 e comma 8 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione), 110 (requisiti per la partecipazione a gare e l'esecuzione di appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o ad altre procedure di soluzione di crisi di impresa), 177 comma 3 (verifica del rispetto della percentuale di esternalizzazione da parte dei concessionari), 181 comma 4 (monitoraggio sulla fase di esecuzione dei PPP), 192 (criteri per l'iscrizione all'albo delle stazioni appaltanti che fanno affidamenti *in house*), 197 comma 3 (definizione delle classifiche di qualificazione del contraen-

⁴⁴ Cfr. M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴⁵ Il riferimento è qui ovviamente alla disciplina del Codice.

⁴⁶ Cfr. G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., ove anche la spiegazione dell'origine dell'espressione.

⁴⁷ Dopo aver chiarito che, esattamente come per i regolamenti del Ministero dei trasporti, anche le linee guida a carattere vincolante devono osservare i precetti del d.lgs. n. 50 del 2016 (a riprova del fatto che sotto questo profilo la diversa qualificazione degli atti non determina un differente trattamento giuridico: cfr. nota 10), il Consiglio di Stato osserva altresì che diversamente dagli altri e più tradizionali settori fondati sul modello delle Autorità indipendenti, dove la legge si limita a definire lo scopo da perseguire, lasciando alle Autorità un ampio potere (implicito) di sviluppare le modalità di esercizio del potere, il d.lgs. n. 50 del 2016 definirebbe in modo preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere. Per le linee guida non vincolanti varrebbe un discorso diverso, poiché, per esse, il legislatore autorizzerebbe l'esercizio del potere con previsione generale (art. 213).

⁴⁸ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

te generale), 197 comma 4 (requisiti di qualificazione del contraente generale), oltre che nell'art. 71, che però riguardava i bandi-tipo.

In base al combinato disposto delle norme attributive dei poteri di regolazione, in definitiva, per il Consiglio di Stato era possibile individuare un primo «tassativo» elenco di linee guida «vincolanti», un secondo elenco di linee guida «non vincolanti», puntualmente individuate dal Codice, ma «derogabili» dall'Autorità, nel senso che l'ANAC, in forza dell'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 avrebbe potuto assegnare alle proprie direttive un perimetro più esteso rispetto a quello indicato dagli articoli del Codice e, infine, una terza serie di linee guida «non vincolanti», in alcun modo predeterminate dal Codice e fondate ancora sull'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁹.

Senonché, poiché gli articoli del Codice non specificavano il carattere (vincolante o non) delle linee guida che appartengono ai primi due elenchi, si pose la questione di come distinguerle.

Il Consiglio di Stato fornì un'indicazione anche al riguardo.

In breve, ci si sarebbe trovati al cospetto di linee guida vincolanti ogni qual volta il Codice avesse attribuito all'ANAC il compito di «integrare» la disciplina primaria dei contratti pubblici, essendo (in allora) la funzione delle linee guida vincolanti esattamente quella di sviluppare il d.lgs. n. 50 del 2016 nelle parti che afferivano a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi⁵⁰; se invece il Codice avesse assegnato all'Autorità il diverso compito di «garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti» (cfr. art. 80, comma 13), «fornire una esegesi», «chiarire aspetti applicativi», provvedere ad una «ricognizione normativa, attraverso l'enucleazione di principi generali», il legislatore avrebbe inteso riferirsi al modello delle linee guida non vincolanti⁵¹.

Si noti che, valorizzando queste differenze, il Consiglio di Stato ritenne di poter qualificare diversamente le disposizioni contenute all'interno in una singola delibera dell'Autorità.

È accaduto, ad esempio, per lo schema di linee guida sulla nomina, sul ruolo e sui compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni, predisposto dall'ANAC ai sensi dell'art. 31, comma 5 del nuovo Codice. L'articolo chiedeva all'Autorità di definire, con «proprio atto», una disciplina di «maggiore dettaglio» sui compiti specifici del RUP, «ulteriori requisiti» di professionalità in relazione alla complessità dei lavori, e di determinare l'importo massimo e la tipologia dei contratti per i quali il RUP potesse coincidere

⁴⁹ In questi termini anche F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

⁵⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto, cit.

⁵¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 14 settembre 2016 n. 1919, Id., parere 2 agosto 2016, cit.; Id., parere 13 settembre 2016 n. 1903; Id., pareri 3 novembre 2016 nn. 2284, 2285 e 2286.

con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto. Dopo aver chiarito che l'atto contemplato dal Codice aveva natura vincolante, poiché la norma assegnava all'ANAC il compito di introdurre «disposizioni integrative della fonte primaria, in materia di status e di competenze di un organo amministrativo», il Consiglio di Stato⁵² dapprima riconobbe allo schema di linee guida un duplice contenuto – dal momento che nella fattispecie l'ANAC, anziché limitarsi ad attuare l'art. 31, comma 5, aveva anche «fornito indicazioni interpretative delle disposizioni dell'art. 31 nel suo complesso» – e poi caldeggiò la suddivisione del testo delle linee guida in due parti, per chiarire che soltanto la prima di esse avrebbe assunto portata vincolante, mentre la seconda, adottata ai sensi dell'art. 213, comma 2, Codice, avrebbe avuto una «funzione promozionale di buone prassi»⁵³.

Se il Codice non avesse indicato le finalità delle linee guida, queste si sarebbero potute desumere dal carattere, facoltativo o obbligatorio, loro attribuito: la circostanza che il Codice qualificasse espressamente le linee guida come facoltative (cfr., ad es., l'art. 80, comma 13) dimostrava che lo strumento non era necessario per «l'operatività della norma primaria» e quindi come tale, era diverso dalle disposizioni di «esecuzione o attuazione» (e viceversa)⁵⁴.

Come distinguere, tuttavia, l'attitudine integrativa da quella a fornire buone prassi in mancanza di indici testuali?

Sul punto il Consiglio di Stato elaborò una soluzione apparentemente suscettibile di applicazione generalizzata, in base alla quale scopo e forza giuridica delle linee guida potevano essere ricavati dalla disciplina primaria interessata dall'esercizio dei poteri di regolazione delegati all'ANAC: ove questa fosse stata «sufficientemente dettagliata» oppure «completa e autoesecutiva», la delega avrebbe implicato l'attribuzione di un potere di regolazione di tipo non vincolante, poiché in questi casi il Codice non avrebbe avuto bisogno di «linee di indirizzo di carattere integrativo», che avrebbero finito per «appesantire inutilmente» il quadro normativo di riferimento⁵⁵.

Furono così ritenute non vincolanti le determinazioni adottate dall'Autorità ai sensi dell'art. 36, comma 7, Codice, sulle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, inda-

⁵² Cons. Stato, comm. spec., parere 2 agosto 2016, cit.

⁵³ L'invito è stato recepito dall'Autorità. Per una recente applicazione dello stesso schema si vedano le linee guida n. 9 sul «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato», adottate con delibera 28 marzo 2018.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016 n. 2286 (sullo schema di «linee guida sulla indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»).

⁵⁵ Si vedano ancora i pareri citati alla nota 36.

gini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici⁵⁶ («la disciplina dell'art. 36 sui contratti sotto-soglia è sufficientemente dettagliata e non necessita, pertanto, di linee di indirizzo di carattere integrativo») ⁵⁷ e quelle previste dall'art. 80 comma 13, sulla indicazione dei mezzi di prova significativi ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c)⁵⁸ («l'art. 80 [...] recepisce le previsioni comunitarie in tema di illecito professionale, e, fissando una causa di esclusione dalle gare, reca una disciplina completa e autoesecutiva») ⁵⁹.

Riassumendo le conclusioni della Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, sotto lo stesso *nomen* di linee guida si sarebbero potuti ricomprendere istituti differenti sia per funzione che per efficacia: per un verso l'ANAC era chiamata, in forza della prerogativa di adottare atti di regolazione vincolanti, ad integrare la disciplina primaria contenuta nel Codice; per l'altro, il legislatore della riforma le aveva assegnato il diverso compito di offrire alle stazioni appaltanti e agli operatori economici buone prassi.

Come forse si converrà, nelle soluzioni proposte dal Consiglio di Stato le preoccupazioni pratiche prevalsero sulla coerenza dei concetti.

L'assimilazione delle linee guida vincolanti agli atti amministrativi generali, anziché ai regolamenti – certamente non ortodossa, poiché era difficile negare alle delibere dell'Autorità i caratteri della generalità, astrattezza e novità propri dei regolamenti – consentiva ad esempio di tenere unite due esigenze altrimenti dif-

⁵⁶ «L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9».

⁵⁷ Cons. Stato, comm. spec., parere 13 settembre 2016, cit. Viene invece riconosciuta valenza integrativa del precetto primario alle linee guida in materia di «criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni aggiudicatrici», adottate ai sensi dell'art. 78 del d.lgs. n. 20 del 2016: il Codice «non definisce la natura dell'atto, limitandosi a fare generico riferimento a determinazioni dell'Autorità. La valenza *integrativa* del precetto primario attribuita alla suddetta determinazione induce [...] a ritenere che si sia in presenza di linee guida vincolanti»; così il parere 14 settembre 2016 n. 1919.

⁵⁸ «Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)».

⁵⁹ Cons. Stato, comm. spec., parere 3 novembre 2016 n. 2286. Ma si veda anche il parere 3 novembre 2016 n. 2284, reso sullo schema di linee guida in materia di «procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili» («Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dalla legge delega e dall'art. 213, codice, è da ritenere che quelle in esame appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti. Invero, l'art. 63, codice costituisce disposizione completa che non rinvia ad atti attuativi. Le linee guida in esame, pertanto, adottate in virtù della previsione generale di cui all'art. 213, comma 2, codice, hanno lo scopo di fornire un indirizzo applicativo a fronte della rilevazione di una prassi di ricorso eccessivo alla procedura negoziata senza bando»).

facilmente conciliabili: quella di assecondare la scelta del legislatore di dotare questi atti di effetti (anche) vincolanti e quella di superare il problema della mancata definizione, da parte della legge delega, di un potere sostanzialmente normativo⁶⁰.

A bene vedere, asserviti all'opposta esigenza di contenere questo potere erano sia il criterio elaborato per distinguere le linee guida vincolanti da quelle prive di tale carattere, che faceva leva sul carattere sufficientemente dettagliato o completo della disciplina del Codice, sia la tesi per cui l'art. 213, comma 2, Codice, sarebbe stata una norma «solo in parte» generale, poiché capace di fondare in capo all'Autorità un generale potere di consiglio, non anche un generale potere di comando.

È il caso di chiedersi se l'elisione dell'inciso «anche vincolante» dal corpo dell'articolo 213 del Codice – presente invece nella lettera t) della legge delega, che discorreva apertamente di linee guida e altri atti di regolamentazione flessibile, dotandoli di efficacia anche vincolante, per l'appunto – bastasse a giustificare questa conclusione, o non valesse semmai, in uno con la stessa collocazione sistematica dell'articolo, che è norma generale sui poteri dell'autorità nazionale anticorruzione, a contraddirla⁶¹.

Sull'impostazione del Consiglio di Stato si tornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo; resta comunque il fatto che queste soluzioni interpretative arginarono la tendenza integrativa, propria delle prime deliberazioni dell'Autorità, che una parte della dottrina ebbe a segnalare prontamente e con tono critico⁶².

4. *Una sintesi e alcune criticità*

A meno di non voler aderire a quelle voci che, in ragione dei sopra denunciati profili di incostituzionalità, affermavano che l'operatività delle linee guida dell'ANAC dovesse essere circoscritta ai soli ambiti che esulavano dal precetto normativo, occorre prendere atto del fatto che la riforma dei contratti pubblici consegnava l'attuazione del Codice, oltre che ad una pluralità di soggetti, ad un sistema eterogeneo di regole: alcune *hard* – i comandi delle linee guida vincolan-

⁶⁰ Secondo alcuni A., poi, l'accostamento delle linee guida non vincolanti alle circolari eliminerebbe il rischio della «indefinitività giuridica» e consentirebbe di bilanciare «potere e garanzie»: F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, cit.

⁶¹ Tra l'altro, il Consiglio di Stato ebbe a suggerire l'introduzione dell'ultimo capoverso della norma, sulle modalità di adozione delle linee guida, per le linee guida vincolanti, assumendo che per quelle dell'altro tipo sarebbe invece potuta bastare l'adozione unilaterale. Insomma, ci si troverebbe al cospetto di una norma a corrente alternata, in parte generale e in parte no.

⁶² Vedi *supra* nel testo e in nota 36.

ti (e dei regolamenti ministeriali) – altre *soft* – i consigli veicolati dalle linee guida non vincolanti⁶³.

Non si trattava certamente di un modello nuovo: la stessa contaminazione è presente, non da oggi, nel settore dei mercati finanziari, per citare un esempio significativo.

Proprio riflettendo sui poteri attribuiti alle autorità di vigilanza in quel contesto, in dottrina sono state messe in luce le finalità proprie di quella articolata e forse non ancora ben definita serie di atti che va sotto il nome di *soft law* o *soft regulation*, il cui tratto comune viene per lo più identificato nella non vincolatività⁶⁴.

Sì è osservato al riguardo che quando le regole siano dirette – come nel caso che ci occupa – nei confronti delle autorità nazionali e non solo degli operatori economici, i comandi e i consigli condividerebbero la stessa finalità di «assicurare l'uniformità delle interpretazioni e delle prassi», tuttavia con i secondi si vorrebbe, da un lato, riconoscere alle autorità indipendenti il ruolo di «guida» delle società e, dall'altro, preservare la «libertà di scelta, nei termini della discrezionalità, tecnica e amministrativa», dei soggetti regolati⁶⁵.

Per alcuni questo schema troverebbe assonanza in una particolare teoria sviluppata dagli economisti comportamentali, soprannominata paternalismo libertario o *nudge* (spinta gentile), che mette in luce la maggiore propensione della *soft regulation* a «riconoscere spazio all'adesione razionale dell'individuo ad un precetto convincente per la sua razionalità, piuttosto che per il fatto di essere obbligatorio»⁶⁶; un adeguamento spontaneo che in fattispecie simili a quella che ci occupa sarebbe atteso per la «valutazione [...] circa le conseguenze del mancato allineamento alle posizioni espresse dall'organo di regolazione»⁶⁷.

⁶³ Entro questa cornice, alla luce dei sempre più sfumati confini tra regolamenti e atti amministrativi generali (cfr. M. Ramajoli, B. Tonoletti, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.), si potrebbe anche ritenere che la qualificazione delle linee guida vincolanti (come regolamenti piuttosto che come atti amministrativi generali, per l'appunto) non sposti troppo i termini della questione, salve rimanendo, ovviamente, alcune imprescindibili implicazioni di regime.

⁶⁴ Sulle nozioni di *soft law* e *soft regulation* cfr., anche per gli ampi riferimenti bibliografici, M. Cafagno, *Utilizzo di strumenti di soft law nella protezione del patrimonio naturalistico e il sistema di Ramsar*, *Rivista trimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2; M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 2.; S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁶⁵ Così S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., che sul punto richiama, tra gli altri, L. Torchia, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, relazione presentata al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su «Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore» – Venezia, 13-14 novembre 2015, in <http://www.irpa.eu/area-bibliografica/scritti/gli-scritti-di-luisa-torchia/>. Sullo stesso argomento M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

⁶⁶ Così S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁶⁷ Così ancora S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., che al riguardo soggiunge: «Il paternalismo libertario unisce due concetti: la libertà, perché gli individui dovrebbero essere liberi di fare quello che credono e il paternalismo in quanto è necessario che vi siano degli «architetti delle

Sempre riflettendo sul caso emblematico del settore dei mercati finanziari è stata evidenziata un'altra finalità o tratto caratteristico delle tecniche di *soft regulation*: nate nel diritto internazionale pubblico, queste si sarebbero sviluppate, specialmente nel diritto dell'Unione europea, per soddisfare un'esigenza non solo d'uniformità, ma anche di «flessibilità e adattabilità» della disciplina regolatoria alle diverse condizioni politiche, economico, sociali e normative degli Stati membri, incoraggiando convergenze che non possono passare attraverso un'armonizzazione dettagliata⁶⁸.

Scorrendo i primi commenti alla riforma dei contratti pubblici, non era difficile scorgere una certa tendenza a traslare le logiche sopra riferite anche ai nuovi poteri di regolazione di ANAC.

Così, ad esempio, nell'ambito di un contributo specificamente dedicato al tema, le linee guida non vincolanti e gli altri strumenti della regolazione flessibile dell'Autorità, come gli orientamenti e i bandi tipo, sono state accostate alle strategie *nudging*, per sostenere che nella materia dei contratti pubblici l'utilità di questi strumenti sarebbe «*in nuce* nella conflittualità del settore»⁶⁹: come le strategie *nudging*, l'approccio morbido delle linee guida non vincolanti sarebbe potenzialmente capace di garantire l'uniformità delle prassi e, in definitiva, la riduzione del contenzioso⁷⁰.

Valorizzando invece le istanze di flessibilità che emergevano dal disegno di legge delega (ed il coevo ampliamento delle prerogative dell'Autorità per la diffusione di *best practice*), altri commentatori della riforma hanno criticato i primi schemi di linee guida dell'Autorità, per la già segnalata propensione ad introdurre precetti vincolanti: ché questa impostazione avrebbe tradito l'aspirazione del legislatore delegante ad una «disciplina attuativa di indirizzo con carattere leggero»⁷¹.

Forte è la sensazione che il Consiglio di Stato abbia inteso assecondare questa linea: (i) quando ha descritto le linee guida non vincolanti come improntate all'individuazione e all'implementazione di buone prassi e quindi a migliorare le procedure, riconoscendo a questi atti una finalità tipica delle tecniche di *soft regulation*; (ii) quando ha assimilato le linee guida vincolanti agli atti amministrati-

scelte» che cerchino di influenzare per il meglio i comportamenti degli individui «per rendere le loro vite migliori». Il fondamento scientifico delle tecniche del *nudging* sta (non nelle materie giuridiche, ma) nelle teorie comportamentali, che affiancano al concetto autoritativo di vincolatività precettiva quello di conformazione deliberata e razionale susseguente ad un procedimento deduttivo, in cui si sceglie la *compliance* a determinate regole (si badi: non a determinate norme) in ragione degli effetti che ne derivano. La regolazione che appartiene a questo archetipo è il frutto di numerosi esperimenti pratici e statistici, che dimostrano in che maniera sia possibile ottenere risultati efficaci, in termini di spontaneo adeguamento a regole non vincolanti».

⁶⁸ Così M. Ramajoli, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

⁶⁹ S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁷⁰ S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.

⁷¹ M.P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

vi generali, anziché ai regolamenti, assicurando alle stesse una certa qual minore stabilità, per l'inevitabile maggiore esposizione alle impugnazioni, che deriva dal divieto di disapplicazione (viene in effetti considerata ancora prevalente l'idea che la disapplicazione da parte del giudice amministrativo possa riguardare solo i regolamenti e non anche gli atti amministrativi generali)⁷², così come in linea di principio ancora una volta suggeriscono le logiche di adattabilità proprie della *soft regulation*; (iii) quando ha arginato la tendenza integrativa dei primi atti dell'Autorità, col criterio elaborato per distinguere le linee guida vincolanti da quelle prive di tale carattere, che fa leva sul carattere sufficientemente dettagliato o completo della disciplina primaria contenuta nel Codice; e (iv) quando ha pensato il modello delle linee guida vincolanti come recessivo rispetto al modello generale delle linee guida non vincolanti, confinandolo ad una tassativa elencazione di casi⁷³.

Senonché, i criteri elaborati per differenziare le linee guida rimasero in realtà alquanto vaghi e non privi di una certa ambiguità: il riferimento è qui in particolare all'idea per cui l'efficacia giuridica delle linee guida potesse essere valutata sulla base e a partire dalla disciplina primaria di riferimento; a meno di non voler ritenere che il riferimento al carattere «sufficientemente dettagliato», «completo» e «autoesecutivo» delle norme sovraordinate – dal quale il Consiglio di Stato desumeva l'inutilità di norme integrative e quindi di linee guida vincolanti – postulasse l'applicazione dei criteri interpretativi elaborati dalla Corte di Giustizia per stabilire se una norma europea è direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri.

Sembra utile ricordare, al riguardo, che la Corte di Giustizia considera direttamente efficaci le norme comunitarie «chiare e/o precise» e «incondizionate»⁷⁴. I requisiti della chiarezza e precisione si ritengono integrati quando la norma sancisce un obbligo in termini non equivoci⁷⁵. Il carattere incondizionato, invece, sussiste «se l'applicazione della norma non è subordinata, per quanto riguarda la

⁷² M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit. Cfr. altresì quanto ricordato alla nota 10.

⁷³ Si ricorderà che in base allo schema suggerito dai pareri i comandi di ANAC (linee guida vincolanti) troverebbero la loro base in disposizioni del codice di contenuto specifico (e in queste soltanto), mentre i consigli dell'Autorità (linee guida non vincolanti) potrebbero assumere contenuti anche non predeterminati dalla legge e, quindi, in ipotesi, lambire ogni aspetto della disciplina dei contratti pubblici, poiché ricaverebbero il loro fondamento direttamente dall'art. 213, comma 2 del Codice, che assegna all'Autorità una generale competenza ad impartire (non comandi, ma), per l'appunto, consigli.

⁷⁴ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

⁷⁵ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., che tra l'altro puntualizza che in proposito la Corte rifiuta approcci formalisti, in favore di una interpretazione elastica, dal momento che «considera sufficientemente chiaro il contenuto di un obbligo anche quando la norma contiene riferimenti a principi o a nozioni dibattute e quindi relativamente incerte».

sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di ulteriori misure integrative e/o di esecuzione adottate dalle autorità nazionali o dalle istituzioni UE»⁷⁶. In ogni caso, nel valutare la sufficiente chiarezza e precisione, ma anche il carattere incondizionato di una norma, e quindi la sua efficacia diretta, i giudici UE verificano tre condizioni, che devono ricorrere cumulativamente: la «titolarità dell'obbligo», la «titolarità del diritto» ed il «contenuto del diritto-obbligo»⁷⁷ (come è stato spiegato, «la ratio di questo test è consentire agli individui di comprendere quale sia la loro posizione di vantaggio o svantaggio e alle autorità nazionali di poter applicare la norma al caso concreto»⁷⁸).

Se a questo punto si confrontano i suesposti principi con il criterio elaborato dal Consiglio di Stato per distinguere l'efficacia delle linee guida, si deve dubitare che qualche assonanza (come quella tra il concetto di «autoesecutività» e la nozione di «norma incondizionata») autorizzasse a sovrapporre le due logiche: non solo e non tanto per la diversità di alcune espressioni (norma «chiara» e/o «precisa» *versus* norma «completa» e/o «dettagliata»), quanto piuttosto perché la diretta applicabilità delle norme comunitarie risponde a una serie di urgenze (superare il problema del mancato recepimento delle direttive da parte degli Stati membri e garantire agli individui i diritti nascenti dal diritto unionale), apparentemente lontane dalla fattispecie e dal problema che ci occupa (stabilire l'efficacia giuridica degli atti di un'Autorità indipendente).

Non sembra dubbio ad ogni modo che il riferimento al carattere «sufficientemente dettagliato» della disciplina primaria (che doveva suggerire una regolazione accessoria al Codice di tipo non vincolante), introducesse nel ragionamento un elemento foriero di incertezze. Se infatti è abbastanza agevole stabilire quando una regola sia «completa» e «autoesecutiva», assai più complicato è concludere quando una regola sia «sufficientemente dettagliata» da non richiedere previsioni integrative che, se introdotte, appesantirebbero inutilmente il quadro normativo di riferimento. D'altro canto, una disciplina autoesecutiva – se non richiede norme secondarie di esecuzione, visto che queste normalmente postulano una legge (diversa) «oltremodo dettagliata» e dunque bisognosa solo di «criteri applicativi ed esplicativi», oppure «insuscettibile di operare in assenza di norme secondarie»⁷⁹ – è sempre soggetta ad attuazione e integrazione (sicché il primo problema si ripresenta).

⁷⁶ Così D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁷ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁸ D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit.

⁷⁹ G. Morbidelli, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit.

5. *Il ritorno al regolamento unico sancito dal decreto-legge n. 32 del 2016, cosiddetto «Sblocca Cantieri»*

Come ricordato in premessa, nelle more della pubblicazione del presente contributo è stato approvato il d.l. n. 32 del 2019.

La misura cambia radicalmente la fisionomia del sistema di attuazione del Codice esitato dalla riforma del 2016, poiché prevede l'eliminazione, in favore di un nuovo regolamento unico, delle fonti secondarie introdotte dal d.lgs. 50 del 2016. A meno di ulteriori (improbabili) cambiamenti, il modello delle linee guida vincolanti dell'ANAC sembra dunque destinato a scomparire – a differenza delle linee guida «non» vincolanti, che allo stato il legislatore sembra aver preservato⁸⁰.

I risultati della consultazione pubblica per la riforma del d.lgs. n. 50 del 2016, avviata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nell'agosto 2018⁸¹, accreditano l'idea che con questa misura il Governo abbia inteso assecondare alcune fondamentali critiche al nuovo sistema di attuazione del Codice dei contratti pubblici, gravitate, fondamentalmente, attorno alla convinzione che le linee guida dell'ANAC, che di quel sistema rappresentavano certamente l'emblema, fossero incapaci di garantire un adeguato livello di «certezza giuridica» a operatori e stazioni appaltanti⁸². Viene spontaneo chiedersi se questo epilogo fos-

⁸⁰ Prevede, più esattamente, l'art. 1, comma 20, lett. gg), n. 4), d.l. n. 32/2019 convertito, con modificazioni, dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 che a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento unico – ormai imminente, visto che il termine (180 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 32/2019) indicato per l'adozione del regolamento, andrà a scadere il prossimo 16 ottobre – cesseranno di avere efficacia: «le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2» (tutte a abrogate dal decreto); «le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie» (espressamente riservate al regolamento) della «a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali», «nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento». Critica nei confronti della tecnica legislativa utilizzata, che «complicherebbe il sistema delle fonti di secondo grado, lasciando in vita alcune LG ANAC vincolanti» R. De Nictolis, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, *Urbanistica e appalti*, 2019, 4, 443.

⁸¹ http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report_consultazione_pubblica.pdf.

⁸² Sembra questo in effetti uno dei leitmotiv che emergono dai risultati della consultazione pubblica per la riforma del d.lgs. n. 50 del 2016, attivata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti dal 8 agosto al 10 settembre 2018. Il documento di sintesi delle consultazioni, pubblicato dal Ministero (http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/notizia/2018-11/Report_consultazione_pubblica.pdf), riferisce in particolare di una «netta presa di posizione sulla soft law e sulle linee guida (art. 213), con una sostanziale richiesta di superamento dell'esperienza, che avrebbe determinato incertezza e instabilità del quadro normativo». Suonano emblematiche al riguardo le osservazioni rese dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (liberamente consultabili all'indirizzo <http://www.lavoripubblici.it>), che senza mezzi termini dichiara il «fallimento» del nuovo Codice, auspicandone il ripensamento «attraverso la predisposizione di un articolato più semplice, accompagnato da un regola-

se davvero obbligato o piuttosto non sia stato condizionato da una serie di fattori, per così dire, esogeni rispetto al modello e al suo intrinseco valore, come i limiti delle prime linee guida, lucidamente evidenziati anche dal Consiglio di Stato⁸³, o la frammentazione dei centri di imputazione delle fonti secondarie, certamente non in linea con le istanze di semplificazione alla base della riforma del 2016⁸⁴.

6. *Bilancio e conclusioni*

Nel commentare a caldo la riforma del 2016, un'Autrice suggeriva al Governo di «individuare con cura» i casi in cui dotare la regolamentazione flessibile di efficacia vincolante, giacché i vincoli possono risultare inadatti quando devono essere coniugati a condizioni molto diverse⁸⁵.

Che il punto stesse proprio qui: nel domandarsi cioè quando fosse desiderabile vincolare e quando invece non lo fosse, piuttosto che assumere posizioni radicali, in favore di una disciplina attuativa o tutta *soft* o tutta *hard*?

Giova rilevare al riguardo che, per alcune analisi in bilico tra diritto ed economia, animate da un sentire non troppo lontano, le tecniche normative dovrebbero essere dettate dai comportamenti e dalle fattispecie concretamente in gioco, ovvero dalle «condizioni al contorno» della disciplina⁸⁶.

Il riferimento è agli studi che hanno stabilito un ordine di preferenze tra due diversi modelli normativi: quello che, volendo concedere ampi spazi di valutazione in fase applicativa, fa largo uso di principi e clausole generali, e quello che, aspirando invece a normare in senso compiuto le vicende della vita, punta maggiormente sulle regole c.d. di dettaglio (negli ordinamenti anglosassoni, apparentemente più

mento attuativo, dotato di forza cogente, in cui far confluire la normativa di dettaglio e le linee guida ANAC". Per un commento (sostanzialmente critico) alla consultazione pubblica cfr. M. Cozzio, *Codice Appalti, servono norme attuative e semplificazioni*, in <https://www.agendadigitale.eu>.

⁸³ Con l'invito a ricercare «il contributo di concreta esperienza» di altre e più mature Autorità indipendenti di regolazione: v. Consiglio di Stato, comm. spec., parere n. 775 del 29 marzo 2017, sullo schema delle linee guida sul «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato». V'è da chiedersi in effetti se i problemi delle linee guida non potessero essere risolti dal loro progressivo affinamento e dalla stessa misura indicata dal Consiglio di Stato, o da altri temporanei accorgimenti, anziché attraverso l'ennesimo intervento correttivo.

⁸⁴ Concausa (forse più delle linee guida) dei ritardi della fase di implementazione degli atti attuativi.

⁸⁵ L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, cit.: «se si pone un vincolo, questo non può essere modificato frequentemente, come invece consente [...] la flessibilità, che può essere coniugata rispetto a condizioni molto diverse: tipi di procedure, oggetto degli appalti, tipi di operatori, tipi di stazioni appaltanti, sperimentazione di nuovi strumenti e modalità operative».

⁸⁶ L'espressione, che risulterà più chiara alla luce delle considerazioni che verranno, è dovuta a M. Cafagno, *Considerazioni sulla funzione deterrente della responsabilità amministrativa*, <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

sensibili agli approcci di confine, basati sulla mescolanza tra diverse discipline, tale contrapposizione è resa attraverso l'espressione «*standard and rules*») ⁸⁷.

Per queste analisi ⁸⁸, un fattore centrale di discernimento sarebbe dato dalla «frequenza» con cui le condotte e le fattispecie si ripetono.

L'assunto si fonda su un'attenta analisi dei costi delle regole per il sistema – anche in termini di dispendio di risorse e di tempo – e sulla duplice osservazione che (per un verso) le regole flessibili (i principi), a differenza delle regole di dettaglio, hanno bassi costi di «redazione» – per la rinuncia del legislatore a normare compiutamente le fattispecie – e simmetricamente alti costi di «applicazione» – poiché tanto i funzionari amministrativi quanto i giudici dovrebbero farsi carico dell'attività valutativa che consegue a quella rinuncia – e (per l'altro) che i costi di redazione si presentano una sola volta, mentre i costi di applicazione si ripetono *n* volte, quante sono le fattispecie concrete ⁸⁹.

Su queste basi si intuisce perché la desiderabilità di un modello sull'altro possa venire collegata alla frequenza delle condotte: sarebbe questo uno dei fattori che consente di stabilire se e in qual misura il costo sostenuto *una tantum* per la progettazione delle regole possa venire compensato dai risparmi originati dalla loro applicazione ⁹⁰.

Nell'economia del presente lavoro l'analisi costi-benefici veicolata da questo approccio interessa poco, mentre si ha l'impressione che alcuni corollari del ragionamento possano offrire lo spunto per qualche riflessione costruttiva.

Interessante, ad esempio, è osservare che quelle analisi suggeriscano di investire (a monte) in una disciplina quanto più organica e completa possibile, tutte le volte in cui questo sacrificio possa tradursi in un risparmio in seguito, per il carattere ripetitivo e comune dei comportamenti e, al contrario, di scaricare il peso (a valle), sui pubblici funzionari, quando i comportamenti siano eterogenei, non comuni, imponderabili, poiché in questi il tentativo di concepire una norma adeguata potrebbe rivelarsi estremamente dispendioso, anche per la spirale di

⁸⁷ Per un'introduzione all'argomento, ricca di spunti e di riferimenti bibliografici, si veda F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013; sempre per un'introduzione al tema si veda la sessione della *Rivista italiana degli economisti*, fascicolo 1, supplemento aprile 2005 e ivi, in particolare, il contributo di M. Polo, *Regole rigide e regole flessibili nelle politiche di tutela della concorrenza*.

⁸⁸ Corre l'obbligo segnalare una possibile obiezione al ragionamento: quella che, muovendo dalla indiscutibile distanza tra la dicotomia «regole rigide e regole flessibili» e l'alternativa «regole vincolanti e regole non vincolanti» (sulla quale ci si interroga), sconsigliasse ogni tentativo di contaminazione delle rispettive logiche. A questa obiezione si ritiene di poter rispettosamente opporre il rilievo che entrambe queste alternative sottendono un problema comune: decidere se contenere o all'opposto espandere la discrezionalità amministrativa.

⁸⁹ A. Posner, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, *The Journal of Legal Studies*, 1974, 3, 1, 257 ss.; L. Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, *Duke Law Journal*, 1992, 42, 3, 557 ss.; Schäfer H-B., *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries, Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries*, *Supreme Court Economic Review*, 2006, 14, 113.

⁹⁰ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

correttivi presumibilmente indotta dall'iniziale mancanza di informazioni, se non addirittura velleitario, per l'impossibilità di considerare tutte le variabili⁹¹. Si rivoltino, sotto questa luce, il principio enunciato dall'art. 1176 c.c. – che per l'adempimento delle obbligazioni si limita a pretendere la diligenza del buon padre di famiglia – che consente di ricomprendere nella diligenza anche le misure di prevenzione che non esistevano al momento della sua introduzione⁹²; o i principi di correttezza e buona fede nella esecuzione e nella interpretazione dei contratti, che rilevano sia sul piano della individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare l'interesse della controparte, mentre sotto il secondo profilo, tali principi consentono al Giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto⁹³.

Il ragionamento offre una giustificazione e toglie dall'indeterminatezza l'idea (inflazionata, ma poco documentata, al punto che il suo successo sembra dovuto più alla capacità di suggestionare che a ragioni di sostanza) che concedere spazio alla discrezionalità sarebbe utile in quei settori dell'ordinamento sottoposti a rapidi cambiamenti (per l'evoluzione sociale, economica, della tecnica, etc., etc.): visto che spiega che in contesti (simili) in cui le norme si avvicendano, la sostituzione anticipata di una regola preceduta da un'ampia e articolata istruttoria, vanifica lo sforzo che è stato compiuto per concepirla⁹⁴.

La stessa attenzione per i contesti al contorno delle regole è poi alla base della tesi, suffragata da una serie di dati statistici, che muovendo dal rilievo che la mancanza di competenze negli apparati pubblici rende particolarmente sofferta l'applicazione di regole aperte e non delimitate, conclude che nei Paesi in via di sviluppo (ma il discorso può essere generalizzato e riferito alla situazione patologica della mancanza di formazione degli apparati), sarebbe preferibile investire, per il tempo strettamente necessario a colmare la distanza, in regole che riducono gli spazi di valutazione dei funzionari amministrativi e dei giudici⁹⁵.

Prima che la pubblicazione del d.l. 32 del 2019 contribuisse a rimescolare le carte, questi rilievi potevano suggerire di non abbandonare la strada della ricerca dei criteri utili a definire l'ambito e l'efficacia delle linee guida dell'ANAC, e con-

⁹¹ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

⁹² L'esempio è tratto da F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, cit.

⁹³ In questi termini Cass. Civ., sez. III, sentenza 18 settembre 2009, n. 20106.

⁹⁴ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

⁹⁵ H-B. Schäfer, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries*, cit.

sentivano di svolgere una serie di riflessioni conclusive, sia in prospettiva *de jure condito* che *de jure condendo*. .

Sulla scorta della letteratura analizzata e del rilievo, che da questa si può trarre, che il problema della alternativa tra *hard* e *soft regulation* richiede soluzioni diversificate, anche nel tempo, ci si poteva chiedere, sotto il secondo profilo, se non fosse preferibile abbandonare la pretesa di predeterminare i casi di linee guida, in favore di un diverso approccio, che lasciasse alle Autorità con poteri di regolazione il compito di valutare di volta in volta e caso per caso il tipo di regole (*hard* o *soft*) più opportune e consone per le fattispecie in gioco.

Lo stesso rilievo offriva lo spunto per una interpretazione delle disposizioni vigenti alternativa a quella avallata dal Consiglio di Stato.

Come già ricordato, se questo non dubitava che l'ANAC potesse sia concorrere alla formazione della disciplina dei contratti pubblici sia orientare i comportamenti delle amministrazioni, ciò nondimeno concludeva che l'Autorità potesse esercitare liberamente solo questa seconda prerogativa, poiché l'art. 213, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 non le avrebbe assegnato anche un generale potere di adottare atti vincolanti (questi potevano aversi solo in presenza ed entro i limiti segnati dagli articoli disseminati nel Codice).

La logica adattiva che consiglia di non predeterminare i casi di linee guida poteva però giustificare un significato diverso e più ampio alla previsione – niente affatto precluso dalla lettera e dalla sistematica del Codice, se non altro perché (insieme alla legge delega) l'articolo 213 veicola(va) la norma attributiva del potere di regolazione dell'Autorità nazionale anticorruzione nel settore degli appalti pubblici, che ivi trova anche la sua disciplina generale –, atto a ricomprende nella dizione «linee guida» entrambe le tipologie di atti.

Ovviamente l'ampia discrezionalità (per tale via) riconosciuta all'Autorità regolatrice avrebbe imposto qualche contrappeso a garanzia della certezza del diritto: in particolare, sarebbe stato certamente opportuno che l'ANAC qualificasse espressamente le linee guida, separando e distinguendo accuratamente, anche nella forma espositiva, i precetti vincolanti (adottati ai sensi dell'art. 213) dai meri suggerimenti, laddove questi fossero stati mescolati all'interno di uno stesso atto, così come del resto il Consiglio di Stato aveva raccomandato di fare, sia pur muovendo dalla diversa prospettiva sopra analizzata.

Guardando all'oggi, non è dubbio che la pubblicazione del decreto-legge «Sblocca Cantieri» e le coeve prospettive di contro-riforma del sistema di attuazione del Codice non consentano di riproporre queste conclusioni, se non altro perché, come detto, il nuovo regolamento previsto dal decreto ambisce ad occupare gli spazi prima riservati alle linee guida vincolanti dell'Autorità.

Il programmato ritorno al regolamento unico rappresenta una scelta conservativa⁹⁶. Alla luce dell'esperienza pluridecennale e dei noti problemi di quel modello – gli stessi che poco più di tre anni fa avevano suggerito la riforma oggi rinnegata –, v'è da chiedersi se si tratti anche di una scelta corretta e, in particolare, se questo inatteso *revirement* non faccia perdere l'opportunità di restituire «adattabilità» alla disciplina dei contratti pubblici.

Sembra in effetti che l'istintivo sospetto verso il cambiamento (forse alimentato dall'attuale sistema delle responsabilità)⁹⁷, abbia fatto perdere di vista la circostanza che la prerogativa dell'ANAC di concorrere alla formazione della disciplina (con i precetti – che tali dovevano rimanere – delle linee guida vincolanti) e allo stesso tempo orientare i comportamenti (con i consigli delle linee guida non vincolanti) portava con sé il vantaggio di affidare a un unico soggetto e a una sola fonte, libera dai formalismi propri dei regolamenti, anche la possibilità di “calibrare” le regole, adattandole al caso concreto.

Senonché (per venire davvero alle conclusioni), il problema di fondo di cui si è discusso potrebbe sopravvivere al programmato intervento riformatore: si intende dire cioè che la disciplina sui contratti pubblici continuerà a scontrarsi con l'ineludibile dilemma se intensificare o diluire le prescrizioni e, specularmente, contrarre o espandere la discrezionalità dei funzionari (e quando farlo). Se questa affermazione fosse vera, allora l'attenzione che gli studi adattivi riservano alla relazione tra «l'esplorazione di nuove possibilità» e «lo sfruttamento di (vecchie) certezze»⁹⁸ e agli strumenti più consoni per raggiungere questi obiettivi, potrà forse tornare utile anche in futuro.

⁹⁶ Alcuni parlerebbero di scelta «timida»: cfr. D. Kahneman, D. Lovallo, *Timid Choices and Bold Forecasts: A Cognitive Perspective on Risk Taking in Management Science*, 1993, vol. 39, issue 1, 17-31.

⁹⁷ Sul tema cfr. M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e 'burocrazia difensiva'*, in questa Rivista, anno 64, n. 97 (3 2018), 625-657.

⁹⁸ Cfr. J.G. March, *Exploration and Exploitation in Organizational Learning*, *Organization Science*, Vol. 2, No. 1, Special Issue: *Organizational Learning: Papers in Honor of (and by) James G. March (1991)*, 71-87.

Le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici: un breve excursus fra vecchi problemi di inquadramento e l'attuale ritorno al regolamento unico

La prima parte dello scritto, che come suggerisce il titolo ha ad oggetto le linee guida dell'ANAC in materia di contratti pubblici, rievcherà i problemi di inquadramento dell'istituto coevi alla riforma del sistema di attuazione e di esecuzione del Codice (d.lgs. n. 50/2016) prevista dalla legge delega 28 gennaio 2016 n. 11. Questo excursus offrirà gli spunti necessari per articolare, nella parte finale del lavoro, un commento critico che verrà indirizzato, dapprima, alle soluzioni in quella sede elaborate per contenere lo spazio applicativo delle già «vecchie» linee guida vincolanti dell'ANAC e, successivamente, alla più recente decisione governativa (decreto-legge n. 32/2019, cosiddetto «Sblocca Cantieri») di interrompere la sperimentazione di quel modello, in favore di un nuovo regolamento unico.

The guidelines on public contracts adopted by ANAC: a brief examination of old classification problems and the recent return to the single regulation system

The first part of the paper, which as suggested by the title is based on the guidelines on public contracts adopted by ANAC, will run over the problems of framing that arose with the reform of the implementation system of the Code (Legislative Decree No 50/2016) as foreseen in the decree of 28 January 2016, no. 11. This examination will offer the necessary insights to articulate a critical comment in the final part of the work that will be addressed, first and foremost, to the solutions developed there to contain the application of the already 'old' binding guidelines of ANAC and, subsequently, to the most recent government decision (decree 18 April 2019, no. 32, so-called 'Sblocca Cantieri') to interrupt experimentation with that model in favour of a new single regulation system.

Algoritmo e potere amministrativo

Matteo Timo

SOMMARIO: 1. Premessa: il diritto amministrativo nella rivoluzione digitale. – 2. Definizione dell'oggetto di studio. Intelligenza artificiale e attività amministrativa: in particolare, i procedimenti. – 3. La decisione informatizzata nella giurisprudenza amministrativa: due recenti arresti del Consiglio di Stato. – 4. (*Segue*) Il Consiglio di Stato definisce lo statuto della decisione informatizzata. – 5. Algoritmi, atto amministrativo e procedimento. – 6. (*Segue*) Atti amministrativi e *software*. – 7. Potere discrezionale, algoritmi e autolimiti dell'amministrazione. – 8. Osservazioni di carattere conclusivo.

1. *Premessa: il diritto amministrativo nella rivoluzione digitale*

Il potere pubblico, e quello esercitato dalle pubbliche amministrazioni in particolare, è stato oggetto di cospicua attenzione della dottrina e della giurisprudenza, le quali hanno profuso ingenti risorse, sin dal XIX secolo, nell'enucleazione dei caratteri in cui esso si manifesta e nella definizione dei limiti al suo esercizio legittimo. L'insieme dei contributi della dottrina e delle pronunce dei giudici amministrativi ha concorso alla formulazione di categorie giuridiche e di istituti che oggi – pur essendo ancora oggetto di attenti studi – appaiono acquisiti alla scienza giuridica: tra essi, senza pretesa di esaustività¹, la nozione di atto ammini-

¹ Non essendo questa la sede per uno studio compiuto di così tanti e differenti, ma strettamente interconnessi, istituti, si rinvia alle celebri trattazioni manualistiche e ai noti lavori monografici che li hanno affrontati in modo sistematico. Attesa l'ampiezza e la consistenza numerica degli studi in questa materia, sia permesso fare richiamo ai seguenti, oltre a quelli menzionati nel prosieguo del lavoro: O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss., ora in E. Ferrari, B. Sordi, *Scritti giuridici scelti. Gli atti amministrativi*, Napoli, 1992, teorie riprese nella successiva opera Id., *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, 21 ss.; G. Vignocchi, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss.; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, ristampa 1959; R. Lucifredi, *Diritto amministrativo. Parte generale*, Vol. II, Genova, 1966; D. Sorace, *Promemoria per una voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, 747 ss.; G. Pericu (a cura di), *Attività amministrativa*, in L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi

strativo, di provvedimento, di procedimento², ma anche quelle di organo, d'immedesimazione organica, nonché quelle, ampiamente dibattute di potere connotato da discrezionalità "pura" o "tecnica"³.

Com'è facile intuire dall'esame di dottrina e giurisprudenza⁴ recenti, i menzionati temi – pur diffusi negli studi di diritto amministrativo – non si prestano a interpretazioni uniformi.

Una "mutazione" in atto da tempo nel nostro come in tutti gli altri ordinamenti⁵, ma che ha subito un'accelerazione inimmaginabile⁶ trent'anni orsono, è quella che attiene alla possibilità e, conseguentemente, alla legittimità, dell'impiego di strumenti informatici al fine di attuare – in tutto o in parte – compiti prima esercitati esclusivamente dal funzionario persona fisica.

Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, I ed., Bologna, 1993, Vol. II, 1209; E. Casetta, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XII, Torino, 1997, 243 ss., voce aggiornata da A. Di Mario, 2013; A. Lolli, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000; B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; P.M. Vipiana, V. Cingano, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 111 ss.

² Sull'elaborazione di questi concetti si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo di questo lavoro: si rinvia pertanto alla dottrina che sarà ricordata, in particolare, al § 5.

³ Anche sulla natura del potere discrezionale e sulla dicotomia fra discrezionalità cd. "amministrativa" (o "pura") e discrezionalità cd. "tecnica" (o "potere di valutazione tecnica"), si avrà modo di soffermarsi nei paragrafi successivi di questo scritto: tuttavia, è sin da ora possibile evidenziare come il tema, classico nella trattazione dottrinale, sia tutt'altro che sopito e riscontri tanto l'attenzione del giudice amministrativo, quanto della letteratura. Sotto quest'ultimo profilo – e con approccio critico all'usuale distinzione fra poteri vincolati e poteri discrezionali – è possibile ricordare il recente saggio di F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 2017, 7.

⁴ Si pensi, a fine meramente esemplificativo, alla recente presa di posizione della Sezione Sesta del Consiglio di Stato circa il riconoscimento al giudice amministrativo – anche qualora non ricorra la giurisdizione estesa al merito – di potersi sostituire al potere discrezionale "tecnico" dell'amministrazione, qualora essa reiteratamente adotti atti illegittimi (il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321: la pronuncia è richiamata in dottrina da S. Vaccari, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'*. *Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'*?, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 4, 1172 ss. Su questi temi si veda anche Id., *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, ivi, 2019, 2, 481 ss.).

⁵ Quantomeno dalla fine degli anni '80 parte della dottrina italiana ha iniziato a percepire l'approssimarsi di un'apertura delle attività amministrative all'informatica: così A. Masucci, *L'atto amministrativo elettronico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1989, e Id., *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993. Sotto il profilo normativo, i primi interventi legislativi sono riconducibili, quantomeno, alla prima delle leggi cd. "Bassanini" (legge 15 marzo 1997, n. 59): cfr., *ex multis*, G. Sgueo, *L'amministrazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 1, 114 ss.

⁶ I motivi della quale saranno esposti nel § 2.

La dottrina⁷, in riferimento al processo evolutivo in atto⁸, ha parlato di “amministrazione 4.0”, o di quarto modello di amministrazione: ove per primo modello è da intendersi quello dell’amministrazione otto-novecentesca totalmente cartacea; per secondo, quello coadiuvato dai *computer*, dai programmi di videoscrittura e dalle iniziali forme di telecomunicazione (quali il *fax*); per terzo modello, quello della prima digitalizzazione e dematerializzazione dei dati, resa possibile dall’impiego di *internet* nelle normali attività amministrative⁹.

L’amministrazione di “quarta generazione” è, invece, quella denotata da un «alto grado di automazione e di interconnessione»¹⁰ dato dall’implementazione delle tecniche di scambio e di conservazione dematerializzate delle informazioni, dall’aumento esponenziale della capacità di calcolo dei processori e dalla predisposizione di programmi informatici sempre più sofisticati. In altre parole, si tratterebbe della “società dell’algoritmo”¹¹, ove l’impiego di *software* (o “programmi”) – riconducibili alla c.d. “intelligenza artificiale”¹² – ha comportato l’affermarsi di moduli operativi automatizzati, non semplicemente idonei a compiere in poco tempo complesse operazioni di calcolo, bensì muniti della capacità di apprendere dai propri errori e, in qualche misura, di emulare il funzionamento della mente umana.

⁷ D.-U. Galetta, J.G. Corvalán, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *www.federalismi.it*, 2019, 3, § 1. Considerazioni circa le implicazioni della “rivoluzione digitale” sul trattamento dei dati e sui rapporti tra persone fisiche e elaboratori sono espresse da L. Greco, A. Mantelero, *Industria 4.0, robotica e privacy-by-design*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, 6, 875 ss.: in effetti, ciò che sta avvenendo nell’amministrazione accade parimenti nell’impresa, in relazione alla quale si è parlato di «nuovo stadio dello sviluppo delle modalità di produzione industriale, verso il quale stanno evolvendo le imprese. Tale cambiamento si può riassumere nella messa a sistema dei mutamenti di paradigma del settore ICT avvenuti nell’ultima decade (cloud computing, IoT, Big Data, Machine Learning, Artificial Intelligence) e nella loro applicazione nei contesti di produzione e logistici. Questo ha consentito di ripensare la struttura produttiva arricchendola di contenuti informativi inerenti all’interazione uomo-uomo, uomo-macchina e macchina-macchina».

⁸ Su questi aspetti, di recente, anche E. Carloni, *Algoritmi su carta, Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, 363 ss.

⁹ Le basi dell’informatizzazione della pubblica amministrazione possono, invero, rinvenirsi in un ampio processo riformatore, avviatosi tra la fine degli anni ’80 e gli anni ’90 del secolo scorso: «Il profilo istituzionale dell’informatica pubblica è il risultato di un più generale mutamento organizzativo avvenuto all’interno dell’organizzazione governativa. [...] a partire dalla legge 400 del 23 agosto 1988 di Disciplina dell’attività di governo e di ordinamento della presidenza del Consiglio dei ministri, si assiste a una profonda riforma dell’esecutivo, che porterà quest’ultimo, in tempi non brevi, a dotarsi di un’organizzazione più agile e, tuttavia, più forte. [...] Una di queste funzioni è, appunto, il coordinamento dei processi di innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni, obiettivo raggiunto attraverso lo spostamento del baricentro governativo in materia di nuove tecnologie dal ministero del Tesoro al dipartimento della Funzione pubblica» (R. De Rosa, *Il cuore del governo elettronico*, in *Polis*, 2007, 1, 99).

¹⁰ D.-U. Galetta, J.G. Corvalán, *op. cit.*, 3.

¹¹ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, in *www.federalismi.it*, 2019, 3, 2 ss.

¹² Diffusamente, *infra* § 2.

Il dato riportato appare evidente, essendo molteplici i settori della vita quotidiana in cui algoritmi – invero non tutti riconducibili alle più evolute forme d'intelligenza artificiale¹³ – si affiancano all'uomo, semplificandone l'esistenza. Tra questi basti ricordare i *software* di riconoscimento vocale o visivo e quelli di supporto alla guida di autoveicoli, se non di guida autonoma. Maggiormente incisivi sono poi i programmi “predittivi”, che, sulla base di alcuni dati a disposizione (i cosiddetti *input*), forniscono una soluzione per un certo scenario, sia esso costituito dalle previsioni meteorologiche, ovvero dalla predisposizione di un piano d'investimento per il correntista di un istituto di credito o di una polizza infortunistica per il cliente di una compagnia di assicurazioni. Ciò assume un marcato carattere di “affrancamento” dall'uomo nel momento in cui l'algoritmo è in grado di elaborare non solo i dati messi a disposizione, ma di acquisirne dei nuovi non direttamente conosciuti (o immediatamente conoscibili) dall'operatore umano, mediante il reperimento in rete di aggiornamenti sull'andamento del mercato del credito o sulla circolazione stradale.

Quanto scritto, per tornare all'oggetto di queste pagine, si riverbera anche sulle pubbliche amministrazioni e sui gestori di pubblici servizi, sia nel *management* in tempo reale dei rapporti pubblico-privato¹⁴ (si pensi all'impiego sempre più massiccio di canali d'informazione digitale per comunicare i provvedimenti di protezione civile o in materia di gestione delle emergenze¹⁵), sia nella profilazione di scenari di consumo o di gestione delle risorse di approvvigionamento, sia nella cura di specifici interessi pubblici tramite appositi procedimenti amministrativi automatizzati; sia, infine, nell'implementazione della resilienza delle pubbliche amministrazioni al ricorrere situazioni di carattere straordinario.

¹³ Come si avrà modo di accennare nel paragrafo seguente, gli algoritmi stessi non sono una monade e non sono nemmeno una conquista recente: essi sono conosciuti, studiati e, successivamente, impiegati, con diverse intensità sin dagli anni '30 del secolo scorso, benché il loro primo concepimento teorico possa farsi risalire addirittura al XIX secolo. Diretta conseguenza è che le scienze “dure” conoscono diverse tipologie di algoritmi, di cui una parte annoverabile nelle forme di intelligenza artificiale e, tra questi, solo un sottoinsieme effettivamente ascrivibile a modelli di autoapprendimento.

¹⁴ In tal senso è stato osservato, circa la “reingegnerizzazione” della pubblica amministrazione, che «il suo punto focale sta nell'idea di rimodellare l'organizzazione e le attività delle amministrazioni attorno agli utenti, così da concretizzare quella risalente aspirazione di parte della dottrina a caratterizzare l'attività amministrativa in via generale per la prestazione di servizi piuttosto che per l'esercizio di poteri» (così S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 9).

¹⁵ Sono oggi molti i comuni che, al fine di rendere note le decisioni di protezione civile, hanno abbandonato gli ormai “obsoleti” strumenti della comunicazione telefonica o via “sms”, per impiegate servizi di messaggistica istantanea e di *broadcasting*, quali il noto *telegram* (si veda in tal senso la recente scelta della città metropolitana di Genova, seguita da altri centri liguri: <https://smart.comune.genova.it/content/avvisi-emergenze-su-telegram>; http://www.comune.savona.it/IT/Page/t02/view_html?idp=8561), oppure di utilizzare apposte applicazioni liberamente fruibili che consentono di interfacciarsi con l'intera gamma di notizie e di informazioni che possono essere fornite da un comune (in questo secondo senso, l'applicazione *InforMAPP*: <http://www.informapp.cloud/>).

Effettuate tali premesse, oggetto di questo studio è la possibilità d'impiegare un elaboratore o, più correttamente, un programma informatico, in sostituzione, eventualmente totale, del decisore pubblico persona fisica. L'informatica della "quarta rivoluzione industriale" è giunta ad un livello tale di perfezionamento da consentire che un *software* compia articolati processi di analisi e di trasformazione di dati in tempi ristretti, nonché da evitare errori materiali o volontari¹⁶. In altri termini, in particolare ove il procedimento amministrativo consista nella ripetizione di operazioni standardizzate o seriali, un *programma informatico* può agevolmente curare la fase istruttoria: non solo, perché il medesimo è altresì idoneo a fornire la decisione finale, ossia ad elaborare un provvedimento amministrativo. Ciò in sostituzione dell'attività umana.

Si pongono così disparati enigmi sottesi all'applicabilità di moduli informatici a regole normative essenzialmente pensate per un procedimento umano e materiale. Sviate sono, infatti, le ricadute sul piano giuridico¹⁷, non solo amministrativo, ma tutte implicanti un potenziale *vulnus* alla certezza del diritto: tra queste, la poca trasparenza che avviluppa i più intimi processi decisionali degli elaboratori elettronici; la non perfetta corrispondenza fra logiche informatiche e logiche giuridiche; la necessità di ricondurre l'atto informatico alla volontà di un organo dell'amministrazione; la possibilità di adoperare *software* al ricorrere di procedimenti amministrativi discrezionali; l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo; non da ultimo, le riserve in materia di accesso ai documenti amministrativi (informatici o meno) che contengono le specifiche del programma impiegato. Non mancano poi contributi che espongono motivati dubbi sull'effettiva neutralità dei sistemi informatici¹⁸, atteso che i medesimi, pur in grado di compiere attività di calcolo complesse e proibitive per la mente umana, non sono al momento idonei ad un effettivo apprezzamento del contesto sociale in cui si trovano ad operare¹⁹.

¹⁶ Cfr. F. Patroni Griffi, *La Decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 agosto 2018, 3.

¹⁷ Per un approccio di maggior respiro al tema dell'informatica e del diritto, si vedano F. Musella, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, in *Politica del diritto*, XLI, 2010, 3, 441 ss., e M. Palazzo, *Informatica e diritto. Un dialogo necessario*, in *Notariato*, 2019, 5, 497 ss.

¹⁸ Si vendano, *ex multis*, R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; M.C. Cavallaro, G. Smorto, *op. cit.*, 2 ss.; F. Patroni Griffi, *op. cit.*, 3 ss.

¹⁹ Peraltro, come ha osservato attenta dottrina, la stessa riuscita della "rivoluzione digitale" dell'amministrazione dipende da fattori che solo in parte attengono alle caratteristiche dei programmi informatici: ad esempio, la suddetta riuscita è in larga misura condizionata dalle risorse per il rinnovo del "parco mezzi informatici" a disposizione delle pubbliche amministrazioni, nonché dai programmi di aggiornamento delle competenze informatiche dei pubblici dipendenti (cfr. su questi temi S. Civitarese Matteucci, «Umano troppo umano». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 17 ss.).

Nei paragrafi seguenti, premessa una sintetica illustrazione dei moduli informatici che oggi costituiscono l'ampio ventaglio di strumenti messi a disposizione delle amministrazioni, si approfondirà, innanzitutto, la nozione di "atto amministrativo informatico" in rapporto a quella di *software*; secondariamente, si cercherà di meglio definire il rapporto intercorrente tra il potere amministrativo discrezionale e l'impiego di moduli informatici.

La suddetta trattazione sarà compiuta, altresì, prendendo spunto da due recenti arresti della Sesta Sezione del Consiglio di Stato²⁰, i quali si pongono in rapporto dialettico con la precedente giurisprudenza del giudice amministrativo e, nello specifico, con la ricostruzione della materia che ci occupa compiuta dal T.A.R. Lazio.

2. *Definizione dell'oggetto di studio. Intelligenza artificiale e attività amministrativa: in particolare, i procedimenti*

Nel corso dell'ultimo trentennio si è assistito ad una sempre maggiore presa di coscienza dell'approccio informatico alla vita delle pubbliche amministrazioni e, negli ultimissimi anni, si è vista una fioritura di studi – per il vero non solo amministrativistici²¹ – sulle potenzialità e sui limiti dell'utilizzo di algoritmi nella regolazione e nell'amministrazione dei pubblici interessi.

²⁰ Di cui alle sentenze della Sesta Sezione 13 dicembre 2019, n. 8472, e 8 aprile 2019, n. 2270 (entrambe disponibili in www.giustizia-amministrativa.it), che saranno illustrati nei § 3 e § 4.

²¹ Su questi aspetti, M. Palazzo, *Informatica e diritto. Un dialogo necessario*, cit., nonché F. Musella, *Legge, diritti e tecnologie. Approcci a confronto*, cit. In dottrina, si è anche messa in rilievo la difficoltà per il diritto di matrice statale di regolare un fenomeno complesso e in divenire costituito da elementi quali la strutturazione della rete, il funzionamento del *cyberspazio* e dai comportamenti posti in essere dai fruitori di contenuti telematici. In tal senso, si è parlato di "lex informatica", evidenziando come essa trovi il suo campo d'elezione nel *cyberspazio* «la cui consistenza integralmente artificiale, caratterizzata dai profili dell'"a-territorialità", dell'"a-temporalità" e dell'"immaterialità", non permette al diritto di fonte statale di esplicare adeguatamente la propria funzione di "controllo sociale"» (P. Laghi, *Lex informatica*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Agg., Torino, 2018, 305 ss.; considerazioni sul tema sono proposte anche da A. Gatti, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 3, 711 ss.); sulle ricadute determinate dai processi di digitalizzazione in merito agli ordinamenti costituzionali e ai diritti dai medesimi riconosciuti, si veda L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, 1111 ss., nonché A. Iannotti Della Valle, *L'età digitale come "età dei diritti": un'utopia ancora possibile?*, in www.federealmi.it, n. 16/2019. Si è poi registrata una cospicua attenzione della dottrina circa le interconnessioni sussistenti fra informatica e democrazia, in particolar modo in riferimento alle modalità, nonché alla legittimità, dell'impiego di modelli di *e-democracy*: tra i molti scritti apparsi negli ultimi anni, P. Costanzo, *La democrazia digitale (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 71 ss., ove l'Autore afferma che «la stessa retorica della democrazia digitale non omette sempre di additarne anche qualche saldo negativo vuoi per la garanzia di certi diritti, vuoi per i meccanismi della *governance*». Precedentemente Id., *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss. Diffusamente G. Gangemi (a cura di), *Dalle pratiche di partecipazione all'e-democracy*, Roma, 2015, e Aa.Vv., *Promise and Problems of E-Democracy: Challenges of Online Citizen Engagement*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2003.

Invero, la suddetta attenzione può ascriversi a due fenomeni fra loro intersecantisi. Per un verso, il palpabile “balzo” in avanti della scienza informatica, che nel nuovo millennio ha potuto usufruire di risorse tecniche che ne hanno moltiplicato le potenzialità²²; per un altro verso, la presa di coscienza dei legislatori, nazionale e dell’Unione europea²³, per il tema, con la predisposizione di testi normativi, talvolta vincolanti, altre volte aventi valore di atti d’indirizzo²⁴, che hanno tentato di ricondurre all’alveo della scienza giuridica un fenomeno in rapida evoluzione e, pertanto, difficilmente traducibile in regole di diritto positivo²⁵. Tra queste esperienze regolatorie, si annoverano, come risaputo, il “codice dell’amministrazione digitale”²⁶ (nel prosieguo anche “CAD”) in vigore in Italia dal 2005, nonché il regolamento dell’Unione europea sulla protezione dei dati personali²⁷.

I fenomeni dei quali i legislatori propongono una normazione attengono all’affermarsi di strumenti informatici sempre più performanti, ancorché non tutti siano riconducibili allo stesso modello. In altri termini, se, come sottolineato nelle pagine precedenti, stiamo vivendo una fase “4.0” dell’amministrazione pubblica, è altresì da rimarcare come le componenti *hardware* e *software* impiegate non siano omogenee e come diverse “fasi della rivoluzione informatica” coesistano nell’organizzazione e nell’attività delle pubbliche amministrazioni. Così, se in cospicue occorrenze gli sportelli pubblici ricevono ed emettono una mole ancora

²² Una voce in dottrina ha osservato che «Il vero salto verso una nuova realtà giuridica è stato rappresentato prima dalla dematerializzazione dei documenti giuridici e poi dall’introduzione della telematica» (A. Masucci, *Digitalizzazione dell’amministrazione e servizi pubblici on line. Lineamenti del disegno normativo*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 118).

²³ Cfr. l’ampia analisi di F. Amoretti, F. Musella, *Policy e politics del governo elettronico. L’esperienza europea*, in *Riv. it. pol. pubblic.*, 2012, 3, 321 ss., «Le nuove tecnologie digitali vengono infatti pensate, e utilizzate, ai fini dell’integrazione comunitaria, come mezzo per realizzare un processo di convergenza delle agenzie amministrative in una comune architettura europea» (322).

²⁴ A titolo esemplificativo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni “L’intelligenza artificiale per l’Europa” del 25 aprile 2018, disponibile (<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM-2018-237-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>), oppure il recente *Libro bianco sull’intelligenza artificiale - Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia* della stessa Commissione europea del 19 febbraio 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_it.pdf).

²⁵ In un recentissimo contributo, si è osservato che «Manca, in particolare, un quadro sinergico delle azioni e dei servizi predisposti delle prime in favore delle altre due componenti, frutto, evidentemente, di piani di investimento insufficienti ma anche di un quadro normativo e di modelli gestionali non all’altezza» (F. Notari, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 22).

²⁶ Ossia il D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82: si richiamano i contributi di F. Ferrari, *Il codice dell’amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 2, 415 ss.; G. Sgueo, *L’amministrazione digitale*, cit.; B. Carotti, *L’amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo codice*, ivi, 2017, 1, 7 ss.; Id., *Il correttivo al codice dell’amministrazione digitale: una meta-riforma – il commento*, ivi, 2018, 2, 131 ss.

²⁷ Regolamento “del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati che abroga la direttiva 95/46/CE”, cd. “regolamento generale sulla protezione dei dati”.

consistente di documenti cartacei²⁸, in altri contesti vi è stata una forte digitalizzazione²⁹: inoltre, anche nell'ipotesi in cui il decisore pubblico si avvalga di programmi informatici al fine di gestire l'istruttoria di procedimenti complessi, ciò non significa che siffatti *software* siano riconducibili alle più progredite forme di "intelligenza artificiale".

In effetti, al momento attuale, svariate sono le declinazioni dell'intelligenza artificiale (c.d. "I.A."), tanto che non sussiste la possibilità di fornire della medesima una definizione compiuta: elemento questo che contribuisce a rendere percepibile un senso di indeterminatezza e che alimenta la difficoltà di pervenire ad una regolazione normativa del fenomeno.

È possibile tentare di ridurre il cono d'ombra che avvolge l'intelligenza artificiale affermando che la stessa è la «disciplina che studia la progettazione, lo sviluppo e la realizzazione di sistemi in grado di simulare le abilità, il ragionamento e il comportamento umani»³⁰ e che, in senso lato, questi stessi sistemi ideati al fine di emulare il pensiero umano rappresentano i moduli operativi dell'intelligenza artificiale. In tal senso, in dottrina³¹ è stato affermato che «quando si usa il termine di Intelligenza Artificiale non si designa un concetto semplice ed unitario ma piuttosto una *universitas* di concetti ciascuno dei quali è al centro di una propria complessità (la robotica, il *machine learning*, lo sviluppo di algoritmi complessi, [...])» e che il termine esprime la contrapposizione fra quanto è "naturale" – perché frutto immediato della mente umana – e quanto è "artificiale", giacché esito di un processo intellettuale non biologico.

Se questa è una approssimativa, proprio perché lacunosa, definizione d'intelligenza artificiale, i risvolti problematici che ne discendono sono quantomeno due, entrambi forieri di ricadute sulla normativa e, nella specie, sul diritto amministrativo. Il primo dei menzionati aspetti – che in questa sede sarà trattato in via di sintesi, rinviando agli studi settoriali³² che se ne sono puntualmente occupati – attiene alla pluralità delle declinazioni dell'intelligenza artificiale, le quali fanno della medesima un mondo variopinto e in costante mutamento. Il secondo pun-

²⁸ Anche gli "sportelli unici" istituiti dalla riforma Madia in seno alla legge sul procedimento amministrativo (all'art 19-*bis*) al fine della presentazione delle segnalazioni certificate di inizio attività sono di regola telematici, ma non escludono la modalità cartacea.

²⁹ Si pensi alle modalità di iscrizione e, per taluni versi, di partecipazione alle procedure concorsuali: esempio è la procedura, integralmente telematica, di presentazione delle candidature e di gestione delle medesime prevista dall'Abilitazione scientifica nazionale a professore di prima o seconda fascia (<https://abilitazione.miur.it/public/index.php>).

³⁰ Definizione tratta da Zerouno, white paper, *AI4ALL Una guida semplice e chiara all'intelligenza artificiale*, disponibile in *Network Digital* 360.

³¹ E. Picozza, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657 ss.

³² Vedi *infra* in questo paragrafo.

to attiene, invece, all'effettiva possibilità di equiparare gli strumenti automatizzati di decisione ai meccanismi di operatività della mente umana.

Circa il primo degli aspetti richiamati, è da rilevarsi come la teorizzazione di sistemi matematici atti a simulare il pensiero dell'uomo risalgia al XIX secolo³³ grazie agli studi di Charles Babbage, poi implementati nel secolo successivo a partire dal lavoro di Alan Turing; mentre il termine *artificial intelligence* è stato coniato nel 1956³⁴ da John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon³⁵. A fronte di questo panorama prettamente teorico, le potenzialità pratiche dell'intelligenza artificiale si sono implementate solo negli ultimi decenni in misura esponenziale all'aumentare delle capacità dei sistemi *hardware* – in particolare, dei processori e dei microprocessori – e grazie alla possibilità di operare in tempo reale, anche mediante la raccolta di immense quantità di dati, fornita da *internet* e dalle connessioni veloci.

Invero, nell'ampio novero delle modalità attraverso le quali può operare l'intelligenza artificiale possono individuarsi disparati schemi, che si distinguono dal più semplice concetto di "algoritmo", benché tutti i suddetti modelli si fondino sul funzionamento di un programma informatico (o *software*). L'algoritmo, così denominato dal nome del matematico arabo *al-Khuwarizmi*, è un «sistema di regole e procedure di calcolo ben definite che portano alla soluzione di un problema con un numero finito di operazioni»³⁶, mentre il programma è descritto³⁷ alla stregua di un «insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivocche, analitiche, generali ed astratte formulate *ex ante* (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta al risultato conseguito. Esso ha a fondamento un algoritmo»³⁸ [...].

Il programma, o *software*, è, pertanto, un modello fondato sulla successione logica di regole espresse in forma matematica che, sulla base di alcuni presupposti (dati di partenza o *input*), consente di determinare un risultato finale (o *output*).

³³ Se si eccettua la progettazione e la costruzione di calcolatori integralmente meccanici già partire dal XVI secolo: così, a fine esemplificativo, *Pascaline*, il noto strumento di calcolo ideato da Blaise Pascal nel 1642 (cfr. la voce "Pascal, Blaise" in www.treccani.it).

³⁴ Si rinvia alla ricostruzione di G. De Michelis, *Macchine intelligenti o tecnologie della conoscenza?*, in *Sistemi intelligenti*, 2017, 3, 559 ss., 561 ss. in particolare.

³⁵ *AI4ALL Una guida semplice e chiara all'intelligenza artificiale*, cit., 4.

³⁶ Definizione tratta da *Enciclopedia generale De Agostini*, Novara, 1996, Vol. I, 59. In generale, l'algoritmo è ogni «procedimento per la risoluzione di un problema» (da vocabolario *Zingarelli* della lingua italiana, edizione online, Bologna, 2020) sulla base di un processo di calcolo. In dottrina, si è similmente scritto che «L'algoritmo è un procedimento di calcolo, che dispiega una sequenza di operazioni semplici, volta a risolvere un compito in un tempo finito» (B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 1, 5).

³⁷ A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, I, Agg., Milano, 1997, 224 ss.

³⁸ A sua volta definito al pari della «enunciazione rigorosa delle operazioni logiche e di calcolo da eseguirsi su determinati dati, la cui successione conduce al raggiungimento di un determinato risultato» (A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, cit., 224 ss.).

Siffatti algoritmi, tutti imprescindibili per il funzionamento di un sistema informatico, non sono però da ritenersi nella loro totalità riconducibili alla nozione d'intelligenza artificiale in senso proprio, ossia di un meccanismo atto a formulare soluzioni finali in vera autonomia al pari del pensiero umano. Infatti, i *software* sono stati, innanzitutto, elaborati sulla base di algoritmi in grado di ricevere una serie di dati, immessi dall'operatore umano, e di elaborarli alla luce di una certa regola tecnica, restituendo un predeterminato risultato finale. Essi erano – e in linea generale sono – edificati sulla regola conoscitiva, propria del sillogismo, “se... allora...”: al verificarsi della condizione A, si manifesta l'effetto B.

Tali programmi informatici erano pienamente condizionati dal controllo umano; tuttavia il quadro è mutato rapidamente dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, allorché si è iniziato ad impostare gli algoritmi sulla base della struttura biologica del cervello umano, vale a dire sulla conformazione a rete di neuroni interconnessi fra loro. Pur non essendo questa la sede per una trattazione esaustiva dei tratti connotati da una maggiore tecnicità, è possibile evidenziare come il menzionato cambiamento d'impostazione abbia condotto alla creazione di *software* complessi fondati sul modello delle reti neurali e capaci di forme di autoapprendimento (cd. *machine learning*)³⁹, anche spiccatamente performanti, quali il *deep learning* (o “apprendimento profondo”)⁴⁰.

Circa la possibilità di assimilare l'operato del *software* alla mente umana, il citato innovativo modello a reti neurali, unitamente alla miniaturizzazione dei processori e alla diffusione in tempo reale di mastodontiche quantità di informazioni (i cd. *big data*, disponibili in rete o raccolti tramite l'uso della medesima⁴¹), ha consentito di pervenire a elaboratori elettronici autonomi e interconnessi in uno spazio cibernetico, differente da quello materiale in cui si sono evoluti e sono stati regolati gli apparati della pubblica amministrazione⁴².

³⁹ AI4ALL *Una guida semplice e chiara all'intelligenza artificiale*, cit., 10 ss.

⁴⁰ Definibile quale «sottocategoria del *Machine Learning* (che letteralmente viene tradotto come apprendimento automatico) e indica quella branca dell'Intelligenza Artificiale che fa riferimento agli algoritmi ispirati alla struttura e alla funzione del cervello chiamate reti neurali artificiali» (N. Boldrini, *Deep Learning, cos'è l'apprendimento profondo, come funziona e quali sono i casi di applicazione*, in *Network Digital* 360, 9 agosto 2019; cfr. anche B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, cit., 7.). Un algoritmo, strutturato su più livelli (o *layer*) di elaborazione dei dati forniti, in grado di recepire *input* anche di matrice diversa da quelli originariamente impiegati dal programmatore, di formulare degli *output*, di autocorreggersi o autoapprendere la regola di funzionamento – anche in assenza di supervisione umana (cd. “apprendimento non supervisionato”) – nell'ipotesi in cui l'*output* non corrisponda al risultato auspicato.

⁴¹ A.C. Amato Mangiameli, *Algoritmi e big data. Dalla carta sulla robotica*, in *Riv. fil. dir.*, VIII, 2019, 1. 107 ss., 110 ss. in particolare.

⁴² Considerazioni queste che non sono di certo peculiarità dell'amministrazione italiana, ma che riscontrano una comunanza anche con apparati pubblici di altre nazioni. A titolo esemplificativo, si veda il *software* “Prometea”, elaborato in Argentina al fine di velocizzare i processi della Procura di Buenos Aires, ma poi verificatosi performante per ogni tipologia di procedimento amministrativo (cfr. Juan G. Corvalán, E. M. Le Fevre Cervini, *Prometea experience. Using AI to optimize public institutions*, in *www.ceridap.eu*, 1° maggio 2020). Sotto

I modelli a reti neurali o, comunque, di *machine learning*, combinati alla telematica e all'uso statistico delle informazioni diffuse in *internet*, permettono di superare l'impiego di algoritmi fondati sul pensiero deduttivo⁴³ e di approdare a *software* operanti con tecniche di ragionamento (o logica) induttivo⁴⁴. Ciò comporta che, se nel primo caso, sulla base di una premessa ne deriva una conseguenza certa in quanto già rinvenibile nella premessa stessa, nel secondo, la conclusione può essere solo probabile sulla scorta di «informazioni originali che non sono completamente contenute nelle premesse»⁴⁵. Per tal via, l'elaboratore, reperita una quantità di dati statistici, costruisce autonomamente una regola connotata da una qualche vaghezza, giacché desunta, ad esempio, dal comportamento che un campione di persone ha tenuto nel lasso di tempo esaminato.

I problemi che si presentano sono quelli che scaturiscono dalla possibilità d'impiegare gli appena descritti meccanismi nell'ambito delle attività della pubblica amministrazione, digitalizzando le attività di *front office* e di *back office*⁴⁶, favorendo l'interscambio di dati fra amministrazioni e fra esse ed i privati, nonché automatizzando processi decisionali pubblici.

Proprio quest'ultimo aspetto attira la maggior parte delle perplessità nella misura in cui potrebbe consentire l'aggiramento dell'attività valutativa umana, financo nel prevedere che sia lo stesso elaboratore a definire i contenuti di un provvedimento amministrativo in grado d'incidere sulle posizioni giuridiche dei consociati.

Invero, come si avrà modo di appurare sulla base di una recente casistica del Consiglio di Stato, il quadro sembra doversi temperare in prospettiva della considerazione per cui non risulta – o quantomeno ciò è desumibile dall'analisi della giurisprudenza amministrativa – che attualmente l'amministrazione italiana impieghi processi di *deep learning*, se non con finalità puramente predittive. All'opposto è certo che programmi informatici, di carattere logico-deduttivo, possano oggi essere massicciamente impiegati in tutti quei procedimenti connotati da meri accertamenti di “carattere formale”, esigenti il riscontro di presupposti o di requisiti. Attività procedurali queste qualificate da un basso grado

altro profilo, la stessa evoluzione ha interessato anche i privati e le loro organizzazioni, potendosi affermare che la digitalizzazione è un fenomeno che interessa nella sua totalità la società umana, tanto è vero che, all'inizio di questo lavoro, si è parlato di “amministrazione 4.0” in seno ad un più ampio processo di rivoluzione industriale.

⁴³ Anche definita come “logica formale”.

⁴⁴ Sul punto si rinvia all'ampio studio di G. De Anna, *Automi, responsabilità e diritto*, in *Riv. fil. dir.*, VIII, 2019, 1, 125 ss.

⁴⁵ G. De Anna, *op. cit.*, 129.

⁴⁶ Così A. Nicotra, V. Varrone, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 93, nel richiamare *The United Nations E-Government Survey 2016: e-Government in Support of Sustainable Development*, luglio 2016 (<https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2016>).

di sforzo intellettuale, ma che nondimeno imporrebbero un ingente dispendio di tempo al funzionario persona fisica.

Tuttavia, anche questi procedimenti, complessi per l'elevato numero di dati da processare, ma semplici qualitativamente, possono sfociare in un provvedimento idoneo a costituire, modificare o estinguere posizioni giuridiche soggettive e, pertanto, potenzialmente lesivo di interessi legittimi dei destinatari del potere pubblico, a maggior ragione se il tasso di automatizzazione diviene tale da escludere un significativo apporto umano.

Nei due paragrafi che seguono si prenderà in esame come il Consiglio di Stato, in due recenti pronunce, abbia affrontato per l'appunto casi in cui il provvedimento frutto di un procedimento totalmente automatizzato sia, in relazione alle occorrenze di quei giudizi, illegittimo in ragione di due profili: innanzitutto, in quanto l'atto amministrativo informatico prodotto dal *software* non era stato sottoposto ad alcun controllo da parte di un funzionario persona fisica; secondariamente, per il fatto che il programma era stato elaborato in contrasto con la disciplina legislativa di quello specifico settore.

3. *La decisione informatizzata nella giurisprudenza amministrativa: due recenti arresti del Consiglio di Stato*

La Sezione Sesta del Consiglio di Stato ha avuto modo, nel corso del 2019, di pronunciarsi due volte⁴⁷ in merito all'impiego di un *software* con la finalità di svolgere in modo totalmente automatizzato un procedimento, non solo nella sua fase istruttoria, bensì anche in quella di formulazione del provvedimento finale, andando a meglio definire il quadro interpretativo fornito dalle precedenti pronunce del giudice amministrativo⁴⁸.

Come anticipato in chiusura del precedente paragrafo, la Sezione Sesta è pervenuta in entrambi i casi alla declaratoria d'illegittimità dei provvedimenti

⁴⁷ Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, n. 2270/2019, cit., e a Sez. VI, n. 8472/2019, cit.

⁴⁸ Di cui il precedente più noto risulta essere TAR Lazio, Sez. III, 23 marzo 2017, n. 3472, in *Foro amm.*, 2017, 3, 741, non impugnato, in virtù del quale «Il software è qualificabile come atto amministrativo sulla base delle seguenti considerazioni: è con il software che si concretizza la volontà finale dell'Amministrazione procedente; è con il software che in definitiva l'Amministrazione costituisce, modifica o estingue le situazioni giuridiche individuali, anche se lo stesso non produce effetti in via diretta all'esterno; il software finisce per identificarsi e concretizzare lo stesso procedimento; la circostanza che il software non sia elaborato direttamente da parte della p.a. ma da parte di un soggetto privato specificatamente competente in materia anche se sulla base delle indicazioni puntuali in ordine ai criteri e alle finalità di natura amministrativa fornite dalla stessa Amministrazione, parimenti, non assume valenza dirimente ai fini che interessano, in quanto la stessa nozione di atto amministrativo informatico, per come elaborata in sede di accesso agli atti nell'ambito dell'art. 22, comma 1, lett. d), l. n. 241 del 1990, è idonea a ricomprendere in sé anche atti di provenienza e disciplina sostanziale di natura privatistica, purché utilizzati da un'Amministrazione nell'ambito di un'attività di rilievo pubblicistico».

adottati: a tal fine, il Consiglio di Stato, in particolar modo, con la seconda delle sentenze menzionate, è giunto all'elaborazione di uno "statuto della decisione automatizzata", ossia ad una sorta di *framework* di principi cui la pubblica amministrazione deve attenersi allorché si accinga all'impiego di programmi informatici connotati da un'elevata automazione.

Le controversie assurte all'esame dei Collegi traevano origine dalle stesse circostanze fattuali: la procedura di "piano straordinario assunzionale" disposta, per l'anno scolastico 2015/2016, dall'art. 1, commi 95 ss., dalla legge n. 107/2015⁴⁹ (cd. "buona scuola") ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado, per la copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto. In particolare, il comma 96 disponeva che «sono assunti a tempo indeterminato [...]: a) i soggetti iscritti a pieno titolo, alla data di entrata in vigore della presente legge, nelle graduatorie del concorso pubblico per titoli ed esami a posti e cattedre bandito con decreto direttoriale del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca n. 82 del 24 settembre 2012 [...]; b) i soggetti iscritti a pieno titolo, alla data di entrata in vigore della presente legge, nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente [...].»⁵⁰

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca (di seguito anche "MIUR"), al fine di assicurare una rapida gestione della procedura sull'intero territorio nazionale, assegnava lo svolgimento dell'istruttoria e la formulazione dei provvedimenti finali di assunzione ad un *software*, appositamente programmato per gestire in via del tutto automatizzata il procedimento⁵¹

In esito allo svolgimento della procedura svariate impugnative, tra cui quelle sindacate dalle pronunce in esame, venivano esperite avverso gli atti di selezio-

⁴⁹ Legge 13 luglio 2015, n. 107, recante "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti".

⁵⁰ Nello specifico, la selezione dei suddetti soggetti è stata regolata dal successivo comma 98, il quale strutturava la procedura in tre differenti fasi con andamento scalare – definite "fasi A, B e C", poiché disciplinate alle lettere a), b) e c) del comma medesimo – in modo tale che, con andamento graduato, i partecipanti alla "fase B" fossero oggetto di chiamata nel caso in cui non fossero stati selezionati all'esito della "fase A", mentre, i soggetti di cui alla "fase C" fossero assunti se non «destinatari della proposta di assunzione nelle fasi di cui alle lettere a) o b)». In merito alla possibilità di esperire una preferenza per posti di sostegno e per posti comuni e in ordine alle province di destinazione, il comma 100 statuiva che «all'assunzione si provvede scorrendo l'elenco di tutte le iscrizioni nelle graduatorie, dando priorità ai soggetti di cui al comma 96, lettera a), rispetto agli iscritti nelle graduatorie ad esaurimento e, in subordine, in base al punteggio posseduto per ciascuna classe di concorso». Ad integrazione delle regole dettate dal comma 98, il comma 108 precisava che «per l'anno scolastico 2016/2017 è avviato un piano straordinario di mobilità territoriale e professionale su tutti i posti vacanti dell'organico dell'autonomia [...]» e che il personale partecipa «a domanda, alla mobilità per tutti gli ambiti territoriali a livello nazionale [...] per tutti i posti vacanti e disponibili inclusi quelli assegnati in via provvisoria nell'anno scolastico 2015/2016 ai soggetti di cui al comma 96, lettera b), assunti ai sensi del comma 98, lettere b) e c)».

⁵¹ Programma ritenuto idoneo alla corretta individuazione dei vincitori, all'assegnazione delle sedi di lavoro e alla definizione della proposta di assunzione.

ne. Per quanto concerne la prima delle sentenze menzionate⁵², taluni docenti della scuola secondaria di secondo grado, inclusi nella “fase B” del piano straordinario, adivano il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio contestando che il MIUR, nelle relative proposte di assunzione, li avesse nominati su classi di concorso ed ordine di scuola non corrispondenti alle attività lavorative già prestate, che fossero stati destinati alla scuola secondaria di primo grado nonostante avessero espresso preferenza per quella di secondo grado e che tutti fossero stati assunti in province diverse da quelle di appartenenza. Tutto ciò, rilevavano i ricorrenti, mentre i concorrenti di “fase C” – e con punteggio, pertanto, peggiore – erano stati collocati nelle classi di concorso e nelle province oggetto di loro preferenza, in netta violazione del principio meritocratico.

La sentenza di rigetto pronunciata dal TAR Lazio⁵³ è stata gravata con ricorso al Consiglio di Stato, il quale, all’esito di un’articolata motivazione, è pervenuto all’accoglimento dell’appello. È possibile sin da ora osservare come le due sentenze della Sesta Sezione del Consiglio di Stato che sono prese in esame costituiscono la seconda la prosecuzione e l’evoluzione del processo decisionale compiuto dalla prima, ancorché solo nella seconda si approdi nell’interesse all’edificazione di un nucleo forte di principi imprescindibili al ricorrere di una decisione pubblica automatizzata.

Nella prima sentenza del 2019, il Collegio⁵⁴ giunge all’affermazione di principio per cui «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell’amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti»⁵⁵. Tale approdo trova, ad avviso della Sezione, giustificazione in atti normativi di diritto interno quali il CAD e la legge “Madia”, nonché in un più generale *favor* per le forme di *e-government*, inteso quale «l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative ed all’acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici ed i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche»⁵⁶.

La pronuncia riconosce gli indubbi vantaggi derivanti per l’amministrazione pubblica dall’impiego di algoritmi nei procedimenti seriali e standardizzati,

⁵² Cons. Stato, n. 2270/2019, cit.; in dottrina, si vedano: V. Canalini, *L’algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 781 ss.

⁵³ TAR Lazio, Roma, 1° dicembre 2016, n. 12026, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Nel prendere atto che la legge n. 107/2015 autorizzava una procedura d’assunzione articolata in più segmenti (le menzionate fasi A, B e C) tra loro concatenati e che tale procedura era stata demandata ad un sistema informatico di cui i ricorrenti lamentavano l’assoluta irrazionalità.

⁵⁵ Cons. Stato, n. 2270/2019, cit., § 8.

⁵⁶ Così la sentenza in parola al § 8 (corsivetto nel testo), nel richiamare la Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003 “Il ruolo dell’*e-government* per il futuro dell’Europa” (disponibile nel testo integrale nel sito istituzionale dell’Unione europea: <https://europa.eu>).

dipendenti dall'elaborazione di elevate quantità d'istanze e «dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale»⁵⁷. La scelta operativa volta a privilegiare moduli informatici, affermano i giudici amministrativi d'appello, è degna d'incoraggiamento nella misura in cui essa concretizza il principio costituzionale di buon andamento, nonché i criteri di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa desumibili dalla legge sul procedimento amministrativo.

Precisa, tuttavia, il Collegio che le procedure automatizzate non devono eludere i principi che conformano l'ordinamento italiano e l'azione amministrativa in particolare. La regola tecnica (di cui l'algoritmo è espressione) corrisponde ad una regola amministrativa generale e deve essere compartecipe di taluni caratteri⁵⁸, tra cui l'assoggettamento alle disposizioni procedurali di cui alla legge n. 241/1990.

Per tal via, la Sezione Sesta giunge ad affermare che il *software* deve intendersi alla stregua di un "atto amministrativo informatico", con la duplice conseguenza che esso dev'essere conoscibile e non solo in linguaggio tecnico, bensì anche come "regola giuridica", e che lo stesso è soggetto alla piena cognizione del giudice amministrativo. Ne deriva la declaratoria di illegittimità degli atti impugnati, sia per l'illogicità ed irrazionalità di una procedura che ha visto i collocati in posizione inferiore in graduatoria destinatari di provvedimenti di maggior favore, sia in ragione del fatto che le modalità poste a funzionamento del *software* impiegato non erano in nessun modo conoscibili.

Con la decisione appena descritta il Consiglio di Stato ha fornito una prima delucidazione, frutto in parte di un'interpretazione di diritto sovranazionale⁵⁹, che ha posto le basi per la successiva e maggiormente sistematica definizione del campo giuridico d'operatività degli algoritmi, evidenziandone, in particolare, la natura di atti amministrativi informatici, assoggettati ad un stringente obbligo di ostensione e inapplicabili in sede di decisioni amministrative discrezionali, a meno che la discrezionalità non sia stata esaurita da una precedente attività amministrativa.

⁵⁷ Cons. Stato, n. 2270/2019, cit., § 8.1.

⁵⁸ Cons. Stato, n. 2270/2019, cit., § 8.2. In particolare, deve soggiacere ai «principi generali dell'attività amministrativa» desumibili dall'art. 1 l. n. 241/1990; secondariamente, non deve disporre di spazi di scelta discrezionale – di cui la Sezione ritiene gli elaboratori e i loro programmi incapaci –, dovendosi, all'opposto ricondurre la discrezionalità amministrativa al momento di "elaborazione dello strumento digitale"; inoltre, necessita del ruolo di mediazione e di composizione di interessi *ex ante* dell'amministrazione, da effettuarsi con attività di *feedback* e di costante aggiornamento del *software*; infine, «deve contemplare la possibilità che [...] sia il giudice a "dover svolgere, per la prima volta sul piano 'umano', valutazioni e accertamenti fatti direttamente in via automatica"».

⁵⁹ *Supra* nota 56, ove si richiama la Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003 su "Il ruolo dell'e-government per il futuro dell'Europa".

La seconda sentenza che sarà brevemente descritta nel paragrafo seguente⁶⁰, costituisce la naturale evoluzione della precedente, tuttavia se ne distingue in quanto, muovendo dal dato assodato dell'impossibilità di stigmatizzare l'uso dell'informatica, precisa taluni aspetti già trattati dalla sentenza n. 2270/2019 e meglio estrapola un quadro tangibile di principi valevole per delineare uno "statuto" della "decisione amministrativa automatizzata" o, più correttamente, ad "elaborazione elettronica".

4. (Segue) Il Consiglio di Stato definisce lo statuto della decisione informatizzata

Con la menzionata seconda decisione, la Sezione Sesta ha conosciuto di una controversia avente carattere fattuale del tutto analogo, sulla scorta di un ricorso in primo grado esperito da taluni docenti avverso i provvedimenti assunti dal MIUR in esito al piano assunzionale straordinario.

Invero, in questo frangente, il giudice di prime cure – il medesimo TAR del Lazio che già era stato chiamato a pronunciarsi nella prima delle vertenze in questa sede ricordate – era giunto all'accoglimento del ricorso⁶¹ sulla base dell'impossibilità di ascrivere l'intera attività procedimentale ad un *software* in assenza dell'opportuna mediazione umana⁶². Il TAR, nel richiamare un'interpretazione diffusa in giurisprudenza⁶³, osserva che «le procedure informatiche applicate ai procedimenti amministrativi devono collocarsi in una posizione necessariamente servente rispetto agli stessi, non essendo concepibile che, per problematiche di tipo tecnico, sia ostacolato l'ordinato svolgimento dei rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione e fra Pubbliche Amministrazioni nei reciproci rapporti»⁶⁴.

⁶⁰ In proposito, per una trattazione incentrata prettamente sulla sentenza n. 8472/2019, si rinvia a M. Timo, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2020.

⁶¹ TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9230, punti 2 ss., in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶² La sentenza di primo grado precisa (al § 3.1) che «alcuna complicatezza o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimenti incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di consequenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione».

⁶³ Cfr. le pronunce dello stesso giudice amministrativo: TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 20 luglio 2016, n. 8312, nonché a TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 8 agosto 2018, n. 8902, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁴ TAR Lazio, n. 9230/2018, cit., § 4.1.

Il Tribunale amministrativo, ritenendo che nessun *software* – per quanto perfezionato possa essere – sia in grado di surrogarsi all'attività «cognitiva, acquisitiva e di giudizio»⁶⁵ del responsabile del procedimento persona fisica, conclude per l'illegittimità degli atti impugnati, in quanto adottati in violazione degli artt. 2, 6, 7, 8, 9 e 10 della legge n. 241/1990⁶⁶.

Il Consiglio di Stato addivene ad una conferma della decisione di primo grado, tuttavia sulla scorta di un percorso motivazionale differente e maggiormente incentrato sul diritto dell'Unione europea⁶⁷. In tal senso, la Sezione, in una pronuncia che si distingue tanto per lo sforzo ricostruttivo della materia⁶⁸, quanto per la trasversalità con cui vengono affrontati temi non ancora pienamente metabolizzati dal dibattito giuridico italiano⁶⁹, rileva come la «rivoluzione digitale» debba essere pienamente accessibile alla pubblica amministrazione. Il Collegio, sul punto, appare nettamente più attento – rispetto al citato precedente – allo stato della società e rammenta come sia già disponibile una vasta letteratura di economia comportamentale e di psicologia cognitiva⁷⁰ dalla quale è possibile desumere la proficuità degli strumenti informatici al fine di «correggere le stortu-

⁶⁵ TAR Lazio, n. 9230/2018, cit., § 5.1.

⁶⁶ Tesi questa che lo stesso Tribunale amministrativo per il Lazio ha sostenuto in numerose sentenze apparse tra il 2018 e il 2019, in ordine sempre al procedimento straordinario di assunzione del personale scolastico. In questo senso, TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 13 settembre 2019, nn. 10963 e 10964, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*, hanno affermato che «Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guida da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle garantigie procedurali che gli artt. 2, 6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l'altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario» e ribadiscono, al pari di TAR Lazio, n. 9230/2018, cit., che «alcuna complicità o ampiezza, in termini di numero di soggetti coinvolti ed ambiti territoriali interessati, di una procedura amministrativa, può legittimare la sua devoluzione ad un meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale che deve informare l'attività amministrativa» (corsivetto nelle pronunce).

⁶⁷ Nonché di diritto comparato, dal momento che il Collegio menziona la nota «decisione Loomis vs. Wisconsin» pronunciata dalla Corte Suprema dello Stato del Wisconsin (la quale ha avuto significativo risalto nella dottrina amministrativistica, civilistica e penalistica italiana. *Ex multis*, la citata pronuncia è menzionata da: C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 1908 ss.; E. Gabellini, *La «comodità del giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 4, 1305 ss.; S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 18, 1787 ss.). Invero, i giudici amministrativi richiamano altresì la Carta della robotica e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: su cui *infra* nel paragrafo successivo, nota 81 in particolare.

⁶⁸ Il percorso motivazione della pronuncia richiamata, nonché della precedente sentenza n. 2270/2019, è stato fatto proprio dalla più recente sentenza n. 881 del 4 febbraio 2020 della Sesta Sezione del Consiglio di Stato, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁹ Nonostante, nell'ultimo anno si sia notato un aumento degli studi di dottrina dedicati all'impiego dell'informatica in diverse branche del diritto, non solo amministrativo, ma ad esempio costituzionale: sul punto si veda *supra* § 2, nota 21 in particolare.

⁷⁰ Svariati sono gli studi che si sono interessati a queste tematiche o ad aspetti connessi e che sono apparsi anche in anni recenti nel panorama della dottrina. Tra i molti, è possibile ricordare, G. Ferretti, M. Viola, *Filosofia e neuroscienze: andata e ritorno*, in *Sistemi intelligenti*, 2019, 2, 211 ss.; T. Numerico, *Social network algoritmi di machine learning: problemi cognitivi e propagazione dei pregiudizi*, ivi, 2019, 3, 469 ss.

re e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani»⁷¹.

Tali premesse sono calate nell'attività amministrativa dalla Sezione, la quale ribadisce che «non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti»⁷². Tuttavia, distanziandosi dal precedente, la sentenza compie un passo ulteriore nella direzione di meglio qualificare l'impiego di un *software* a fini decisori, osservando, che nel caso in esame non si verte semplicemente su atti amministrativi informatici, su innovativi metodi di comunicazione o partecipazione tra amministrazione e privati o sullo scambio di dati con modalità telematica, bensì su quella che all'inizio del presente lavoro è stata definita come «amministrazione 4.0», ove il «procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un *software*»⁷³.

Il Consiglio di Stato s'interroga sulle modalità attraverso le quali le pubbliche amministrazioni possono accedere ai moduli operativi della «rivoluzione 4.0» e, statuitane la conformità all'art. 97 Cost. e all'art. 1 l. n. 241/1990, espone un'ulteriore precisazione, cui a quanto consta precedentemente non era mai giunta la giurisprudenza amministrativa. In effetti, la pronuncia n. 8472/2019, se rimarca i plurimi vantaggi ottenibili circa la «riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità»⁷⁴, con ricadute positive in termini di prevenzione di comportamenti negligenti o dolosi del funzionario, non rinviene «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse»⁷⁵. Nessun limite legale o concreto, ad avviso della Sezione Sesta, impedisce il ricorso ad algoritmi nell'esercizio di poteri amministrativi discrezionali⁷⁶.

⁷¹ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 7.1.

⁷² Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 8.1.

⁷³ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 8.2.

⁷⁴ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 9.2.

⁷⁵ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 11, precisando altresì che «se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi».

⁷⁶ L'affermazione è stata ribadita dalla Sezione Sesta nella successiva sentenza n. 881/2020, cit. e pare, pertanto, assumere un progressivo consolidamento nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Letteralmente, la sentenza n. 881/2020, ha affermato che (§ 6) «Come già evidenziato nel precedente della sezione richiamato, l'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale», ma anche che (§ 8) «Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse».

All'opposto, ciò che maggiormente rileva⁷⁷ è che l'azione amministrativa digitalizzata, vincolata o discrezionale che sia, si svolga nei limiti di una cornice di tre principi⁷⁸ che il Consiglio di Stato⁷⁹ desume dal regolamento UE n. 2016/679⁸⁰ (meglio noto come “GDPR”) – in particolar modo dagli artt. 13, 14, 15 e 22 –, nonché da un richiamo ad altri atti di diritto internazionale⁸¹.

Essi sono, innanzitutto, rappresentati dal “principio di conoscibilità”, in forza del quale ad ogni persona è riconosciuto il diritto ad aver contezza dei procedimenti amministrativi automatizzati che possano riguardarla e ad ottenere «informazioni significative sulla logica utilizzata»⁸². Nell'interpretazione data dal Consiglio di Stato, la piena conoscibilità del *software* s'impone tanto alla pubblica amministrazione, quanto ai soggetti equiparati alla medesima: simile conoscibilità esige, inoltre, che siano messi a disposizione del titolare del diritto gli strumenti atti a decifrare la logica utilizzata⁸³.

Pur non essendo oggetto di questo scritto lo studio del diritto di accesso nei confronti dei documenti amministrativi contenenti le specifiche dei *software*⁸⁴, si

⁷⁷ Si vedano si vedano il § 12 e seguenti della sentenza in parola.

⁷⁸ In dottrina si veda l'ampio studio compiuto da A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit., 97 ss.

⁷⁹ Confermati da Cons. Stato n. 881/2020, cit.

⁸⁰ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo “alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE”, cd. “regolamento generale sulla protezione dei dati”. In dottrina, sul citato regolamento si vedano i contributi di S. D'Ancona, *Trattamento e scambio di dati e documenti tra pubbliche amministrazioni, utilizzo delle nuove tecnologie e tutela della riservatezza tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, 3, 587 ss.; A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2018, 4, 799 ss.; A. Pisapisa, *La tutela multilivello garantita ai dati personali*, in *www.federalismi.it*, 2018, 3; M.S. Bonomi, *Privacy e dati sanitari: le principali novità introdotte dal GDPR*, ivi, 17 ottobre 2018; C. Tabarrini, *Comprendere la “Big Mind”: il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 2, 555 ss.

⁸¹ Tra cui la cd. “Carta della robotica” (Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante “raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica”, disponibile nel sito *eur-lex.europa.eu*), nonché all'art. 41 della Carta di Nizza (“Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, successivamente ripresa e adattata dal Trattato di Lisbona del 2007, ivi).

⁸² Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 15.1.

⁸³ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 15.1: «Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere “informazioni significative sulla logica utilizzata”».

⁸⁴ Di recente, in altra controversia, si è pronunciato lo stesso Tribunale amministrativo per il Lazio, il quale, fondando la propria motivazione sull'accesso documentale disciplinato dalla legge n. 241/1990, ha affermato che «In materia di accesso agli atti della p.a., a norma dell'art. 24 della l. n. 241 del 1990, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso. In particolare, la disciplina dettata a tutela del diritto di autore e della proprietà intellettuale è funzionale a garantire gli interessi economici dell'autore ovvero del titolare dell'opera intellettuale, mentre la normativa sull'accesso agli atti è funzionale a garantire altri interessi e, in questi limiti, deve essere consentita la visione e

rileva come il riportato principio scavalchi un limite posto dalla normativa italiana all'accesso documentale⁸⁵ e consistente nell'impossibilità d'imporre all'amministrazione un onere di elaborazione dei documenti richiesti⁸⁶. In effetti, nel caso di procedimenti automatizzati s'imporrebbe all'amministrazione detentrica del programma informatico di tradurre – quindi “trasformare” – la regola tecnica che ne sta alla base in linguaggio comprensibile all'istante⁸⁷.

Forse il problema della conoscibilità potrebbe essere aggirato – senza ricorrere all'istituto dell'accesso –, per un verso, calcando maggiormente la mano sull'art. 3 l. n. 241/1990, così da non ritenere adempiuto l'onere motivazionale da parte del provvedimento che non indichi in modo comprensibile il funzionamento del *software* impiegato, giacché esso è compartecipe dell'*iter* logico-giuridico seguito in decisione. Invero, se l'amministrazione procedente deve indicare le ragioni di diritto e i presupposti di fatto che sorreggono la decisione, essa deve anche argomentare circa le modalità informatiche utilizzate per elaborare i dati in suo possesso e quelli acquisiti in fase istruttoria. Per un altro verso, si potrebbe pervenire ad un'effettiva conoscibilità *ex ante* (rispetto alla decisione), ricorrendo agli istituti di partecipazione: favorendo lo scambio di informazioni in sede di contraddittorio procedimentale o inserendo le specifiche del *software* nella comunicazione di avvio del procedimento.

anche l'estrazione di copia. Né il diritto di autore né la proprietà intellettuale precludono la semplice riproduzione, ma precludono, invece, al massimo, soltanto la riproduzione che consenta uno sfruttamento economico e, non essendo l'accesso lesivo di tale diritto all'uso economico esclusivo dell'opera, l'ostensione deve essere consentita nelle forme richieste da parte dell'interessato, ossia della visione e dell'estrazione di copia» (TAR Lazio, Roma, n. 3472/2017, cit.). A considerazioni non dissimili in materia di illegittimità del diniego di accesso esperito sulla base dell'asserita tutela della proprietà intellettuale (o industriale) era già pervenuto TAR Puglia, Bari, Sez. II, 13 febbraio 2013, n. 217, in *Foro amm. TAR*, 2013, 2, 654. Successivamente sono state ribadite da TAR Lazio, Latina, Sez. I, 11 dicembre 2017, n. 611, ivi, 2017, 12, 2475, da TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 8 gennaio 2018, n. 1, ivi, 2018, 1, 56.

⁸⁵ È da rilevarsi, peraltro, come la giurisprudenza amministrativa appaia consolidata sulla possibilità di esperire un'istanza di accesso anche nei confronti di documenti amministrativi redatti su supporto digitale: in questo senso Cons. Stato, Sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1113, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e, più recentemente, TAR Lazio, Roma, 10 dicembre 2019, n. 14140, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2111, nell'affermare che «La nozione di documento amministrativo, ai sensi dell'art. 22, l. n. 241 del 1990, comprende anche le riproduzioni audio o audiovisive di una prova orale di un concorso pubblico, ove siano state effettuate. È evidente che, essendo la prova orale di un concorso certamente riconducibile al procedimento concorsuale, la sua riproduzione deve intendersi accessibile, in quanto documento informatico detenuto da una P.A. e concernente attività pubblicistica dalla stessa posta in essere».

⁸⁶ In effetti il D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, “Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi”, precisa, all'art. 2, comma 2, che «La pubblica amministrazione non è tenuta ad elaborare dati in suo possesso al fine di soddisfare le richieste di accesso». Su questi aspetti, *ex multis*, P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Milano, 2017, 473.

⁸⁷ In giurisprudenza si vedano anche TAR Lazio, Latina, n. 611/2017, cit.; TAR Lazio, Roma, n. 3472/2017, cit.; TAR Lazio, Roma, Sez. III-bis, 6 giugno 2019, n. 7333, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Secondariamente, la Sezione Sesta enuncia il “principio di non esclusività algoritmica”⁸⁸, alla stregua del quale se il procedimento automatizzato è finalizzato a produrre effetti giuridici su una persona, allora tale procedimento deve sempre poter contare sull’attività umana di controllo o di validazione, secondo il modello *human in the loop*⁸⁹ (in acronimo “HITL”).

Le motivazioni della Sesta Sezione appaiono sul punto prettamente focalizzate sul diritto dell’Unione europea e, in particolar modo, sul citato regolamento n. 2016/679, il cui articolo 22, al primo paragrafo, statuisce espressamente che «l’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Il Consiglio di Stato, evitando ogni richiamo ad una pretesa “strumentalità” dell’informatica, quale mero meccanismo impiegato dal funzionario nella sua attività amministrativa, tende ad esaltarne il portato, ammettendo che i moduli automatizzati possono non solo integrare, ma altresì sostituire l’attività umana. Al fine di porre un limite all’impiego di *software* – detto altrimenti, nell’intento d’impedire che l’attività digitale diventi preponderante ed incontrollata –, il Collegio propone una piana lettura del menzionato primo paragrafo, dal quale si desume che i processi decisionali automatizzati relativi a persone fisiche e produttivi d’effetti sul piano dell’ordinamento generale debbano sempre sottostare al diritto dell’interessato di richiedere l’intervento del funzionario persona fisica: intervento che, dal tenore letterale della disposizione, può tradursi anche in un semplice riscontro di correttezza o di verifica del procedimento automatizzato, non certo nella radicale esclusione dell’informatica⁹⁰.

Parte della dottrina⁹¹ che si è interessata alla pronuncia in esame ha osservato che la suddetta interpretazione sarebbe da escludersi alla luce delle eccezioni richiamate nel successivo paragrafo secondo dello stesso articolo, in virtù delle quali il diritto ad ottenere l’intermediazione umana non trova applicazione ove il

⁸⁸ Su questo aspetto anche A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 63 ss., in particolare 79 ss.

⁸⁹ Ossia un modello informatico che richieda sempre l’interazione umana: F.M. Zanzotto, *Human in the loop, per un’intelligenza artificiale al servizio degli uomini*, in www.agendadigitale.eu.

⁹⁰ Elemento questo che parrebbe dedursi dall’impiego dell’avverbio “unicamente”, il che lascerebbe intendere che oggetto della pretesa del privato è che la sua sfera giuridica non sia incisa da un provvedimento integralmente demandato ad una macchina, mentre egli non potrebbe esigere che il medesimo provvedimento sia in tutto frutto dell’attività di un funzionario.

⁹¹ G. Pesce, *Il Consiglio di Stato ed il vizio dell’opacità dell’algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 gennaio 2020.

processo automatizzato sia previsto, tra l'altro⁹², per la conclusione di un contratto o si basi sull'autorizzazione dello Stato membro⁹³.

Tuttavia, l'appena menzionata precisazione non sembra cogliere nel segno, nella misura in cui lo stesso art. 22, al paragrafo 3, precisa che, in caso di conclusione di contratto, «il titolare del trattamento attua misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione», mentre nell'ipotesi di processo informatico autorizzato dallo Stato membro è il medesimo paragrafo 2 ad esigere «misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

Ad ogni modo, appare, come osservato da una voce in dottrina⁹⁴, che il menzionato art. 22 GDPR non sia tale da assicurare una protezione piena a colui che si vede destinatario dell'azione amministrativa totalmente automatizzata. Innanzitutto, le eccezioni menzionate sono rilevanti e numerose; secondariamente, lo stesso operato della macchina sarebbe tale da “catturare” il funzionario, rendendo oggettivamente difficoltosa una verifica sulla decisione automatizzata. In via di sintesi, non pare scorretto osservare che se, da un canto, l'art. 22 tende a porsi come regola generale – se non recepimento di tendenze affermatesi a livello globale⁹⁵ – per altro verso, esso debba trovare supporto nelle regole procedurali atte a garantire la motivazione degli atti amministrativi, la trasparenza, la partecipazione e l'accesso ai documenti amministrativi.

Infine, viene enunciato il “principio di non discriminazione algoritmica”, diretto ad assicurare che nello svolgersi del procedimento informatico non siano violate le regole poste a protezione del trattamento dei dati personali e che ognuno abbia il diritto a rettificare errori o inesattezze.

Sono questi i principi che edificano uno “statuto dell'amministrazione 4.0” e che hanno determinato la conferma dell'annullamento degli atti elaborati dal *software* ministeriale, in quanto esso era di per se totalmente ignoto nelle sue meccaniche di funzionamento, nonché foriero di decisioni amministrative contrastanti con la legge n. 107/2015.

⁹² Si rinvia alla lettura del paragrafo 2 citato per l'individuazione del regime di eccezione nella sua interezza.

⁹³ Eccezioni queste che potrebbero rinvenirsi nel caso di specie, giacché esso era incentrato sulla procedura selettiva volta alla stipula di contratti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Inoltre, l'art. 35 (rubricato “Reclutamento del personale”), comma 3, lett. a) del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ammetterebbe il ricorso “all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione”.

⁹⁴ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., 79 ss.

⁹⁵ A. Simoncini, *ult. op. cit.*, 79; che richiama la decisione *Loomis vs. Wisconsin*. Su quest'ultima pronuncia della Corte Suprema del Wisconsin, confermata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, cfr. anche A. Celotto, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in www.giurcost.it, 27 marzo 2020.

Entro gli stessi principi dev'essere condotto l'esame sulla natura giuridica dei *software* o programmi informatici adoperati dalla pubblica amministrazione e sulla possibilità che essi operino in materie connotate da forme di discrezionalità.

5. *Algoritmi, atto amministrativo e procedimento*

Un primo gruppo di considerazioni, che trae spunto dalla disamina del ruolo dell'informatica nell'ambito dei processi decisionali della pubblica amministrazione e che è sollecitato dalla giurisprudenza brevemente descritta, concerne la corretta qualificazione della natura giuridica dell'algoritmo, o più in generale, del programma informatico entro le categorie giuridiche del diritto amministrativo.

Parte della dottrina e della giurisprudenza⁹⁶ ha infatti posto in luce come sussista una tendenza alla equiparazione fra l'algoritmo e l'atto amministrativo informatico: nella specie l'algoritmo in quanto tale sarebbe esso stesso una tipologia di atto amministrativo e, pertanto, soggiacerebbe a tutte le regole inerenti all'atto e, in particolare, al provvedimento amministrativo, ivi comprese quelle in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Nel senso da ultimo riportato si è mossa anche la prima delle due esaminate pronunce della Sezione Sesta del 2019, mentre la seconda – nel definire con maggior accuratezza l'oggetto del giudizio e i caratteri del fenomeno informatico connesso all'attività amministrativa – ha evidenziato come l'impiego di un *software* in seno ad un processo decisionale pubblico totalmente automatizzato esuli dalla nozione di atto informatico, per accedere a quella di “amministrazione 4.0” o “rivoluzione 4.0”: con la conseguenza che l'attenzione non dev'essere posta tanto sull'esito del procedimento automatizzato, quanto sulle modalità attraverso le quali l'amministrazione perviene alla decisione.

Ne consegue che merita un chiarimento la collocazione sistematica della nozione di algoritmo entro la teoria dell'atto amministrativo e del procedimento amministrativo.

Nel voler perseguire tale fine, una considerazione preliminare – che a chi scrive pare doverosa e sembra trovare conforto nella giurisprudenza della Sezione Sesta⁹⁷ – attiene all'impossibilità di procedere ad un eccessivo sradicamento delle categorie giuridiche di diritto amministrativo, consolidatesi nel tempo nel solco tracciato dall'evoluzione giurisprudenziale e legislativa. In altri termini,

⁹⁶ Si vedano le note curate da V. Canalini, *L'algoritmo come “atto amministrativo informatico” e il sindacato del giudice*, cit., e da I. Forgiione, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5, 647 ss.

⁹⁷ Ribadita dalla più recente sentenza della medesima Sezione, n. 881/2020, cit.

non dovrebbe ritenersi corretta un'immediata assimilazione dell'algoritmo all'atto amministrativo e, tanto meno, all'atto amministrativo cd. "informatico".

In effetti, le due nozioni appartengono a mondi diversi che possono – ed è evidente nell'attività amministrativa digitalizzata – venire a contatto e financo coincidere, ma che mantengono una netta distinzione ontologica. Distinzione che è quella, desumibile dalle motivazioni redatte dal Consiglio di Stato, che intercorre fra la regola tecnica e la regola giuridica.

L'algoritmo – che si è detto essere sequenza di istruzioni in grado di ottenere un risultato (*output*) elaborando un dato iniziale (*input*) – appartiene al mondo della "matematica". È una formula tecnica che può esistere ed operare indipendentemente dalle norme giuridiche che governano il funzionamento dell'amministrazione: in aggiunta, esso, come si è fatto cenno, è multiforme e si adatta a diverse esigenze e a differenti modalità operative della pubblica amministrazione, non tutte associabili all'atto amministrativo informatico.

Così ragionando, il programma informatico può essere effettivamente adoperato per il perseguimento in automatico di un pubblico interesse, ma potrebbe altresì avere un effetto "provvedimentale" minore, nella misura in cui esso sia, ad esempio, un *software* predittivo sulle stime del quale, in larga misura, il funzionario potrà assumere la propria decisione: potendo accadere che la decisione finisca per essere una sorta di mera convalida della previsione compiuta dal programma informatico⁹⁸.

L'accennata distinzione non comporta uno sminuimento del valore del programma, atteso che anche i programmi predittivi, al pari di quelli impiegati a fini decisori, richiedono una complessa attività di programmazione: quanto scritto ci permette, invece, di rimarcare come, per l'appunto, il *software* sia regola tecnica⁹⁹

⁹⁸ Come parrebbe accadere, in materia penale, nell'ipotesi in cui un *software* sia impiegato per "predire" la recidiva e non vi sia un concreto apprezzamento, sul punto, da parte del giudice: su questi aspetti si veda la dottrina richiamata in merito alla "decisione Loomis vs. Wisconsin" (*supra* note 67 e 95).

⁹⁹ Assai ampio è il panorama degli studi che hanno approfondito le categorie giuridiche in esame e, in particolare, quelle di regola, o norma, "giuridica" e regola tecnica. In questo senso, già F. Modugno, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII, Milano, 1978, 328 ss., afferma, per un verso, che «La norma, intesa in tal senso, è sinonimo di regola di situazioni, di azioni o di comportamenti "umani" e, nel linguaggio comune, è spesso scambiata con la "legge", nell'accezione più specifica di "legge della pratica", contrapposta alla legge naturale, intesa quale relazione determinata e costante fra le quantità variabili che entrano a far parte di un fenomeno "naturale"» e, per un altro verso, che «Norma o regola di condotta è pure la "norma tecnica", traduzione della corrispondente legge naturale in termini prescrittivi». Tuttavia, l'autore precisa, all'esito di un'articolata motivazione (e nel richiamare C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 3 ss.), che «La norma è giuridica, in quanto elemento di un ordinamento (normativo)». Considerazioni analoghe sono espresse da Franco Modugno anche nel momento in cui afferma che «Se, poi, si risalga dalla scienza giuridica, intesa come disciplina meramente conoscitiva, all'attività politica, rivolta a stabilire la convenienza, l'opportunità e la giustizia delle norme, è bensì possibile empiricamente distinguere tali norme – che si tratta appunto di porre – dalle leggi (naturali) – che si tratta invece di riconoscere [...]» [F. Modugno, *Legge (Dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXIII, Milano, 1973, 872 ss.]. Ne risulta, quindi, che pur potendo la regola di condotta essere declinata in una "norma" tecnica, essa per potersi qualificare "giuridica" e, conseguentemente, cogente, dev'essere formalmente

da calarsi, di volta in volta, in regole normative amministrativistiche, non sempre declinabili nella nozione di atto amministrativo informatico. Ragionando in altro modo e per assurdo, si sarebbe indotti a ritenere che anche le istruzioni di progettazione di un “elaboratore meramente meccanico” in servizio presso l’amministrazione siano atto amministrativo.

A parere di chi scrive, pertanto, non è scorretto addivenire alla tesi che solo in determinate circostanze vi possa essere una coincidenza fra algoritmo e atto amministrativo informatico, potendo il primo non essere né atto amministrativo informatico, né atto amministrativo “tradizionale”¹⁰⁰. In effetti, l’informatica quale “regola tecnica” deve ricondursi alle “regole giuridiche”: le seconde non possono venire meno o essere automaticamente modificate dalle prime, se non in base a un’espressa presa di posizione normativa. In termini più chiari, non è la pubblica amministrazione che deve alterare i propri principi e criteri per aderire alla rivoluzione informatica, bensì essa – in assenza di disposizioni che si pronuncino in altro senso e, quindi, in virtù del principio di legalità che ne indirizza l’azione e l’organizzazione¹⁰¹ – deve munirsi di *software* idonei a operare negli apparati e nelle attività amministrative, nel rispetto di tutti i principi, scritti e non scritti, che governano l’attività amministrativa, dall’imparzialità alla proporzionalità.

Benché a conforto di quanto riportato paia potersi leggere la citata sentenza n. 8472/2019, nonché la successiva pronuncia n. 881/2020, è opportuno svolgere alcune considerazioni circa le categorie giuridiche che sono state richiamate e, in particolare, quelle di atto amministrativo, di provvedimento e di procedimento, alla luce delle possibili declinazioni che esse acquisiscono nell’intrecciarsi con l’informatica.

inserita in quel sistema ordinato di norme che è l’ordinamento giuridico. Questo è quanto sembra accadere nel caso di specie ove una mera formula matematica (l’algoritmo), per poter correttamente qualificarsi quale regola tecnica, dev’essere “recepita” dall’ordinamento giuridico nelle forme, nel caso *de quo*, di una norma amministrativistica (quale una legge o un regolamento) o, su previsione di quest’ultima, di un atto amministrativo. Il ragionamento appena esposto sembra confortato da quanto attenta dottrina ha di recente scritto in ordine alle cd. “norme tecniche in edilizia”: appurato che «Il concetto di “normativa tecnica” non è, tuttavia, univoco», si precisa che «Una definizione di carattere generale riconosce nelle suddette norme quelle “disposizioni normative caratterizzate da un contenuto peculiare frutto della diretta elaborazione delle cosiddette scienze esatte”. In conformità all’insegnamento che ha rilevato come l’aggettivo “tecnica” intenda indicare l’origine delle norme da discipline aliene rispetto al diritto, mentre la loro natura assume valore pienamente giuridico» (in questo senso A. Crosetti, *La disciplina dell’attività edilizia tra norme regolamentari e norme tecniche*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 3, 165 ss., nel richiamare, tra i molti, gli studi di M. Cecchetti, *Note introduttive allo studio delle normative tecniche nel sistema delle fonti a tutela dell’ambiente*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 1996, 142, e di A.M. Sandulli, *Le norme tecniche nell’edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 1974, 189 ss.). Per un’analisi di più ampio respiro, si veda C. Videtta, *L’amministrazione della tecnica: la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, 99 ss. in particolare.

¹⁰⁰ Cfr. L. Viola, *L’intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, in *www.federalismi.it*, 2018, 21, 10 ss.

¹⁰¹ Su questi aspetti, in riferimento al regolamento n. 2016/679, si veda anche l’analisi di S. Civitarese Matteucci, «*Umano troppo umano*». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, cit., 23 ss.

Se dell'algoritmo si è in precedenza data una definizione entro gli incerti confini dell'intelligenza artificiale, dell'atto amministrativo, compartecipe degli atti provvedimentali, si può, con più sicurezza, affermare che esso è «atto di pubblica autorità, dotato di imperatività e assistito dall'autotutela»¹⁰², nella misura in cui il medesimo è, per un verso, idoneo a costituire, modificare ed estinguere posizioni giuridiche soggettive¹⁰³ e, per un altro verso, può essere eseguito dal suo autore anche per il mezzo di poteri coercitivi¹⁰⁴. Il provvedimento amministrativo, come noto¹⁰⁵, è l'atto che conclude la sequenza procedimentale¹⁰⁶, coincide con la decisione¹⁰⁷ assunta dall'organo competente ed è idoneo a produrre effetti esterni¹⁰⁸ all'amministrazione vevoli sul piano dell'ordinamento generale¹⁰⁹.

¹⁰² M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, 157 ss.

¹⁰³ Sull'atto amministrativo in generale – di quello, pertanto, non necessariamente produttivo di effetti verso l'esterno dell'amministrazione – si è scritto che è «qualsiasi manifestazione di volontà, desiderio, giudizio o conoscenza proveniente da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa» (così, già E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Milano, 2009, 512). Si è, altresì, evidenziato che l'atto amministrativo si qualifica per la presenza di tre elementi: quelli di «un atto di cui è autrice un'amministrazione pubblica [...]»; un atto riconducibile alla funzione di amministrazione pubblica [...]; atto sottoposto ad un particolare regime giuridico pubblicistico detto di diritto amministrativo [...]» (D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, III, Ann., Milano, 2010, 47-48). In via di sintesi è, dunque, possibile affermare che l'atto amministrativo è un qualsiasi atto posto in essere da una pubblica amministrazione o da un soggetto equiparato alla medesima nell'esercizio di una pubblica funzione (P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, cit., 87 ss.).

¹⁰⁴ Con precisione M.S. Giannini, *op. cit.*, osserva che «per la sua imperatività, esso è idoneo a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato, perfino quelli assistiti da garanzia costituzionale, e per l'autotutela esso è tale da poter esser eseguito dallo stesso suo autore, il quale può perfino imporre all'amministrato una prestazione esecutiva, e se necessario, usare la coazione».

¹⁰⁵ Per una trattazione esaustiva, si rinvia all'ampio studio di R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, 5 ss., nonché alle analisi di M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2019, 306, e G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 165. Precedentemente, G.B. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, II ed., Milano, 2003, Tomo I, 813 ss., e B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. III, Milano, 1993, 27 ss.

¹⁰⁶ Il procedimento amministrativo è, infine, l'insieme di fatti e atti, ripartiti nelle fasi desumibili dalla legge n. 241/1990, che consentono l'adozione dell'atto finale, vale a dirsi del provvedimento: con la precisazione logico-giuridica – che al momento potrebbe apparire scontata, ma che in seguito (vedi *infra* in questo stesso paragrafo) assumerà maggior valenza – della preesistenza del procedimento rispetto al provvedimento (fatti salvi i casi marginali e del tutto eccezionali di provvedimenti emanati in assenza di procedimento, quale l'ordine di arrestare in veicolo impartito dal vigile urbano).

¹⁰⁷ G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2013, 249.

¹⁰⁸ M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, 1958, 988 ss., «con la locuzione "attività esterna" – che è una mera sintesi verbale – si designa l'azione dell'amministrazione che si esprime mediante atti produttivi di effetti giuridici nei confronti dei soggetti dell'ordinamento generale della comunità». Più recentemente, F.G. Scoca, nell'aggiornamento della stessa voce enciclopedia ha precisato che «la distinzione tra attività esterna e interna è, a nostro parere, accoglibile solo se si ipotizza l'esistenza di un ordinamento giuridico proprio dell'amministrazione pubblica» (F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 75 ss.).

¹⁰⁹ In questo senso, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI edizione curata da F. Fracchia, Milano, 2019, 533 ss.

Nel momento in cui le suddette definizioni, frutto del pensiero dottrinario del Novecento, s'interfacciano con l'impiego di strumenti informatici, insorgono problemi gravitanti intorno alla corretta definizione dell'atto amministrativo "redatto" con strumenti informatici e, in particolare, sulla possibile equipollenza tra l'atto amministrativo stesso e il *software* che ne è a fondamento.

Di recente, in dottrina¹¹⁰, è stato osservato come si possano esprimere due diversi orientamenti: l'uno volto a riconoscere nel programma informatico un atto amministrativo, in quanto solo nel momento della redazione del programma l'amministrazione manifesta concretamente la propria volontà, poi pedissequamente riproposta dal *software* nei singoli successivi procedimenti dallo stesso curati¹¹¹; l'altro teso ad escludere la suddetta equipollenza, in ragione del fatto che i contenuti del programma informatico, ancorché redatti o recepiti dall'amministrazione, rimarrebbero comunque regole tecniche non immediatamente comprensibili né dal funzionario, né dal consociato¹¹².

La stessa giurisprudenza amministrativa, ad un esame delle pronunce più recenti, tende, di volta in volta, a seguire l'uno o l'altro degli orientamenti descritti, affermando che vi sarebbe sovrapposibilità fra atto e programma¹¹³, oppure che essa non vi sarebbe¹¹⁴, o ancora che l'informatica avrebbe sempre un ruolo meramente strumentale all'agire amministrativo¹¹⁵.

¹¹⁰ I. Forgiione, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, cit., 647 ss.

¹¹¹ Tra questi vengono ricordati: A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, cit., 224 ss.; U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 51 ss.; A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1993, 1, 163 ss.

¹¹² La citata dottrina richiama in tal senso, A.G. Orofino, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico. Sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CDS*, 2002, 9, 2256.

¹¹³ Non solo Cons. Stato n. 2270/2019, cit., in queste pagine esaminata, ma anche TAR Lazio, Roma, 22 marzo 2017, n. 3769, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Tribunale amministrativo per il Lazio, analogamente ad altra giurisprudenza dello stesso Tribunale che si è esaminata nelle pagine precedenti (TAR Lazio, n. 3472/2017, cit.), con la sentenza da ultimo citata e non oggetto d'impugnazione, perviene a ritenere che il *software* sia qualificabile in termini di atto amministrativo informatico alla luce, tra le altre, delle seguenti considerazioni: è il *software* che definisce la volontà dell'amministrazione nei singoli provvedimenti; con esso l'amministrazione incide sulle posizioni giuridiche soggettive dei consociati; il *software* si identificerebbe anche con il procedimento; il linguaggio tecnico non costituirebbe elemento dirimente, in quanto potrebbe sempre essere decifrato con l'ausilio di un informatico; infine che «ricorso all'elaborazione elettronica ai fini della definizione del contenuto dell'atto, la predetta decisione si sostanzia, in realtà, esclusivamente nella metodologia prescelta dall'amministrazione ai fini dell'articolazione e dello svolgimento del procedimento amministrativo, che si presenta alternativa rispetto a quella tradizionale della materiale acquisizione al procedimento caso per caso di tutti gli elementi decisivi ai fini dell'assunzione della decisione finale e, pertanto, la decisione al riguardo dell'amministrazione assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa stessa ma non influisce sulla qualificazione giuridica del software stesso, una volta che sia stato commissionato e predisposto e quindi utilizzato per i fini cui è destinato all'interno del procedimento».

¹¹⁴ Così Cons. Stato n. 8472/2019, cit.

¹¹⁵ In tal senso, di recente, TAR Lazio, Roma, 10 settembre 2018, n. 9320, dalla quale poi è scaturito l'appello deciso da Cons. Stato n. 8472/2019, cit.

Innanzitutto, ad un esame delle ricordate letteratura e pronunce, ad avviso di chi scrive, emerge una lata incoerenza nell'impiego della terminologia, probabile conseguenza sia dell'insufficienza, sia della vaghezza, dei termini desumibili dagli atti normativi o d'indirizzo, ove sovente coesistono concetti quali "informatica", "telematica", "elettronica", "digitalizzazione", "automazione" e altri ancora. Il che rende estremamente difficoltoso circoscrivere il concetto di atto informatico.

Secondariamente, si palesa una complessità dovuta ai caratteri stessi del *software*: esso esige lunghe e costose attività di programmazione, usualmente non esperibili dalle amministrazioni, i cui tecnici si limitano ad operare su programmi preconfezionati e forniti da società esperte del settore.

6. (Segue) *Atti amministrativi e software*

Le suesposte considerazioni fattuali e di diritto, a parere dello scrivente, spingono a valutare la possibilità di un'interpretazione sincretistica, alla luce della quale – partendo dal presupposto che il *software*, a differenza del tradizionale atto amministrativo, in genere non è il frutto di un processo cognitivo dell'amministrazione, ma al massimo di un recepimento da parte della medesima – solo in determinati casi atto amministrativo informatico e *software* coincidono.

Siffatta tesi opera tra due estremi, quello dell'atto tradizionale, battuto a macchina su carta e conservato nel faldone d'archivio, privo d'ogni forma di dematerializzazione, e quello dell'atto frutto di un reale strumento d'intelligenza artificiale, come sopra descritto e munito di processi di autoapprendimento atti a correggere se stesso. Solo in quest'ultimo caso, il *software* si discosta in qualche misura dal suo programmatore e dagli organi dell'amministrazione, manifesta un apprezzamento, ancorché non umano, della realtà e s'immedesima negli atti che elabora.

Tuttavia, anche al ricorrere di quest'ultimo caso le accentuate capacità del programma di addivenire a soluzioni innovative, non note al programmatore, non fa del medesimo un atto amministrativo, giacché esso continua ad essere uno strumento informatico, al massimo un vero e proprio automa – per inciso, cui la giurisprudenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato imporrebbe, comunque, un controllo umano preventivo o successivo –, in grado di elaborare atti amministrativi, ossia di curarne i relativi procedimenti sino alla fase decisoria. Invero, come si è avuto modo di osservare poche pagine prima, il decidente e il procedimento sono logicamente e giuridicamente antecedenti e distinti rispetto al provvedimento e agli atti amministrativi dai medesimi approntati.

Ne consegue che la possibilità di giungere ad affermare una coesistenza fra atto e *software* richiede un'indagine, entro i due suddetti poli, che maggiormen-

te tenga in considerazione gli impieghi che possono essere fatti delle risorse informatiche da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nella *routine* amministrativa è del tutto evidente un impiego di elaboratori a diversi fini e con svariate modalità. Il primo e più intuitivo è quello del *computer* utilizzato in luogo della scrittura manuale o meccanica¹¹⁶. Al ricorrere della suddetta modalità, il ruolo dell'informatica assume, per il vero, natura meramente strumentale all'attività umana, sicché essa si riduce all'impiego di programmi di videoscrittura o, in altri termini, il programma è un semplice *word processor*¹¹⁷. L'uso del programma di scrittura, tuttavia, non garantisce in alcun modo che il prodotto dell'attività amministrativa sia apprezzabile nel "mondo dell'informatica", potendo benissimo accadere che l'esito della videoscrittura sia oggetto di stampa, di modo che l'originale dell'atto amministrativo sia effettivamente quello cartaceo¹¹⁸. Non è certo questo, con tutta evidenza, il caso in cui un *software* possa equipararsi all'atto amministrativo, in ragione del fatto che sarebbe come affermare che la macchina da scrivere o la penna impiegate dal funzionario possano avere un valore provvedimentoale.

Un secondo e più intenso grado di dematerializzazione¹¹⁹ si apprezza nel cd. "atto amministrativo informatico" in senso stretto, ove non solo l'atto è redatto in videoscrittura, ma lo stesso diviene perfetto in "forma informatica"¹²⁰, in quanto comprensivo di tutti i suoi elementi costitutivi in modo dematerializzato e di cui l'eventuale corrispettivo cartaceo costituisce mera copia¹²¹. È da notarsi, anche in questo caso, che il programma assume un ruolo ulteriormente ancillare, poiché è sempre il titolare dell'organo amministrativo che cura tutte le fasi del procedimento avvalendosi delle risorse informatiche e telematiche dell'amministrazione, creando e conservando in modo digitale l'atto o il provvedimento.

¹¹⁶ Si rinvia altresì a C. Notarmuzi, *Il procedimento amministrativo informatico*, in *www.altalex.com*, 2007, 4 ss.

¹¹⁷ I. Forgione, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, cit., 647 ss.

¹¹⁸ Ne consegue, in questa ipotesi, che la dematerializzazione si arresta alla mera stesura dell'atto, mentre ogni altra attività amministrativa rimane nettamente ancorata al mondo materiale e all'operato del funzionario. In un saggio recente, è stato osservato che «già in altra occasione si è avuto modo di evidenziare che le amministrazioni italiane da tempo usano meccanismi automatizzati di supporto rispetto all'adozione di atti amministrativi, spesso esternati in forma cartacea», così A.G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in questa Rivista, 2019, 3, 100.

¹¹⁹ Sul punto, sono apparsi numerosi contributi della dottrina; tra cui si ricordano: A. Usai, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, cit., 164 ss.; F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Quaderni DAE*, 2003, 1 ss.; V.R. Perrino, *L'atto amministrativo informatico e le sue cause di invalidità*, in *Amministrazione in cammino*, 11 ottobre 2005.

¹²⁰ Comportando non indifferenti problematiche in ordine alla sottoscrizione digitale dell'atto amministrativo: sul punto, diffusamente, A.G. Orofino, *L'esternazione informatica degli atti amministrativi*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, Vol. IV (a cura di S. Civitarese Matteucci, L. Torchia), *La tecnificazione*, 181 ss.

¹²¹ A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, cit.

Da ultimo, una terza ricorrenza attiene al cd. “atto amministrativo ad elaborazione elettronica”¹²², il contenuto del quale è il risultato dell’attività impersonale del *software*¹²³, potendosi intravedere in quest’ultima categoria sia l’ipotesi meno evoluta del programma di semplice elaborazione di *input* sulla base di regole tecniche preimpostate dal programmatore¹²⁴, sia quella più avveniristica data dall’insieme di tecniche del *machine learning*.

Solo nelle due occorrenze appena menzionate è, infatti, possibile notare una significativa immedesimazione fra *software* ed esercizio del potere pubblico; immedesimazione tale, per il vero, da far sfumare le stesse nozioni, care agli studiosi di diritto amministrativo, che si sono prima sommariamente descritte. Tanto è vero che solo due elementi dell’agire amministrativo rimarrebbero chiaramente distinguibili: la situazione iniziale (che dà luogo all’avvio procedimentale, identificabile nell’immissione dell’*input*) e l’effetto finale rilevante sul piano dell’ordinamento generale (quello, in sostanza desumibile dall’*output*). La restante attività amministrativa e i relativi atti, di fatto, si confonderebbero nella sequenza di istruzioni e di regole matematiche impiegate dal *software* nell’aprontare una decisione.

Quanto riportato, pur concretizzabile sulla scorta delle odierne capacità tecniche, non è ammissibile sul piano normativo nella misura in cui la regolazione giuridica del procedimento e dell’atto è posta a salvaguardia del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, nonché d’imprescindibili garanzie – quali quelle partecipative – dei cittadini. L’impiego di un decisore automatizzato comporta, in ogni caso, che siano osservate le norme giuridiche sull’azione amministrativa, dalle quali si desume la distinzione fra l’attività volta a fornire gli elementi per la decisione e il prodotto ultimo della decisione¹²⁵. In tal senso, l’*output* può essere

¹²² L. Viola, *L’intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo: lo stato dell’arte*, cit., 3.

¹²³ Cfr. M.C. Cavallaro, G. Smorto, *op. cit.*, 9.

¹²⁴ Sarebbe, a quanto appare dalla giurisprudenza che si è avuto modo di analizzare in precedenza, quello impiegato dal MIUR: *supra* § 3 e § 4.

¹²⁵ In effetti, dalla legge n. 241/1990 appare una netta distinzione fra fase istruttoria – la quale può essere curata anche da un soggetto diverso dal decidente e connotata da proprie regole dirette all’acquisizione di tutti gli elementi fattuali e giuridici necessari ad una corretta ponderazione degli interessi, pubblici e privati, in gioco –, fase decisoria ed esito provvedimento di quest’ultima (invero, con una particolare attenzione al regime di validità ed efficacia del provvedimento, soprattutto ove lesivo della sfera giuridica del destinatario). Sul punto, in dottrina, si è da lungo dibattuto circa i caratteri dell’attività conoscitiva che precede la scelta amministrativa: in tal senso, già F. Levi, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, ristampa anastatica del volume del 1967, Torino, 2018, 12 ss., afferma che «conviene partire dal presupposto – a ben vedere, ovvio – che un’attività conoscitiva precede ogni scelta, formale o meno, della pubblica autorità, in altri termini si esplica in ogni settore mantenendo ovunque un’identità di struttura e di funzione, anche se la sua ampiezza e le forme in cui si manifesta possono variare nettamente»; rilievo è poi dato dall’Autore alla riconducibilità delle indagini conoscitive delle pubbliche autorità ad un organo e alla sottoposizione delle medesime ai meccanismi di controllo e sindacato giurisdizionale (40 ss.). Invero, la dottrina italiana si è interessata ad un migliore inquadramento giuridico

certamente qualificato in termini di provvedimento amministrativo dematerializzato e dev'essere tenuto distinto dal *software* che lo ha adottato, tanto che i giudici amministrativi – ancorché nelle svariate modalità che abbiamo visto – impongono un controllo umano sulla decisione dell'elaboratore.

Il discorso dev'essere, pertanto, traslato dalla decisione a quanto avviene nella fase istruttoria e in quella decisoria, vale a dirsi sulla sequenza di operazioni logico-matematiche che compie il programma. Solo in questo contesto, effettivamente, il *software* potrebbe assimilarsi all'atto amministrativo: per il vero, non il *software* in quanto tale, bensì il suo contenuto descrittivo. In effetti, il programma informatico, il suo codice sorgente e l'algoritmo restano entità autonome, esistenti indipendentemente dall'amministrazione ed esito dell'ingegno di un tecnico. Ciò nonostante, essi potrebbero confluire nel contenuto di un atto amministrativo, ad esempio di un bando di gara, mediante il quale l'amministrazione si orienta per l'impiego del programma medesimo in un certo procedimento o in una pluralità di successivi procedimenti: si tratterebbe di quello che alcune voci in dottrina hanno denominato come "atto-programma"¹²⁶ o "atto-algoritmo"¹²⁷.

Sarebbe, per tal via, possibile una certa e limitata assimilazione tra atto e *software*, a nulla rilevando, ad avviso di chi scrive, eventuali impedimenti derivanti dal linguaggio informatico, dal momento che esistono sia atti normativi¹²⁸, sia atti amministrativi¹²⁹, che recano quale parte integrante tabelle, schemi e grafici ad elevato contenuto tecnico, senza che la dottrina abbia mai messo in dubbio la correttezza di tali enunciazioni quali parti di un atto amministrativo (o normativo).

Di converso, chi scrive non è convinto circa la correttezza della totale sovrapposizione fra atto amministrativo e *software* che vada oltre il mero richiamo contenutistico del secondo ad opera del primo. In effetti, dal momento che l'art. 21-*septies* della legge n. 241/1990 richiede, a pena di nullità, un contenuto minimo dell'atto amministrativo – quantomeno, in termini di soggetto, oggetto, volontà e forma – non sembra che un mero programma informatico, quale formula matematica, di per sé disponga degli elementi essenziali, richiesti affinché l'atto possa venire a giuridica esistenza¹³⁰. All'opposto, tali elementi sarebbe-

delle tematiche cui si è fatto cenno: in tal senso, oltre al menzionato studio di Franco Levi, è possibile ricordare il lavoro di V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967.

¹²⁶ A. Masucci, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. dir.*, cit., 224 ss.

¹²⁷ L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit., 11.

¹²⁸ Si pensi alle tabelle allegate agli atti normativi in materia di opere pubbliche (come il D.P.C.M. 10 maggio 2018, n. 76, recante "Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico"), ovvero le regole tecniche recate dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, cd. "Testo unico dell'edilizia".

¹²⁹ Un chiaro riferimento è alle norme tecniche allegate agli strumenti di pianificazione urbanistica.

¹³⁰ Questi aspetti non risultano essere stati vagliati dalla giurisprudenza. Tuttavia, trattandosi di un atto che, pur informatico, è sempre amministrativo, non si vede ragione per cui esso debba sottrarsi al regime della

ro propri del solo “atto-programma”, in quanto atto formale dell’amministrazione, del quale il *software* può essere un contenuto o, con maggior probabilità, un allegato.

È sulla scorta di queste considerazioni che non sembra errato profilare una tesi sincretistica, alla luce della quale i rapporti fra atto, provvedimento e procedimento sono molteplici, potendosi dare dei casi in cui il *software* è in rapporto di mera strumentalità nei confronti dell’atto amministrativo, ipotesi in cui l’atto è il prodotto di un *software* e occorrenze ove essi tendono a coincidere.

Un quadro relazionale di tal fatta manifesta ripercussioni giuridiche non secondarie e tra loro disperate, quali la necessaria riconducibilità dell’atto ad elaborazione elettronica al titolare dell’organo amministrativo, il rispetto delle garanzie partecipative, la tutela della riservatezza nella profilazione e nel trattamento dei dati, l’accesso al codice sorgente del *software* e, non da ultimo, i limiti all’impiego della decisione automatizzata ai soli casi in cui sia possibile individuare un potere amministrativo cd. “vincolato”.

7. *Potere discrezionale, algoritmi e autolimiti dell’amministrazione*

Come si è affermato nel paragrafo precedente, una delle tematiche, che maggiormente interessano gli studi di diritto amministrativo in ordine all’intelligenza artificiale e ai possibili impieghi che della medesima possano essere fatti a servizio dell’interesse pubblico, attiene alla capacità o meno dei programmi informatici di compiere una ponderazione o, per meglio dire, un apprezzamento degli interessi pubblici, primari e secondari, e degli interessi privati sottesi all’esercizio del potere amministrativo: vale a dirsi se un algoritmo sia o meno idoneo a compiere una valutazione di carattere discrezionale¹³¹.

nullità prescritto in generale dalla legge n. 241/1990. Ad ogni buon conto, giova chiarire che, come ha osservato una voce in dottrina, la giurisprudenza non appare consolidata circa «l’applicazione del principio di tipicità agli atti amministrativi in formato digitale», ritenendosi sufficiente per il venire a giuridica esistenza di un qualsiasi atto amministrativo, la manifestazione di volontà da parte dell’amministrazione in ordine all’esercizio di un potere pubblico e la sussistenza degli elementi essenziali, così G. Sgueo, *L’amministrazione digitale*, cit., nel richiamare risalenti pronunce del giudice amministrativo (TAR Puglia, 26 ottobre 1989, n. 829, e Cons. Stato, Sez. VI 13 dicembre 1990 n. 1054). L’Autore desume poi un’equiparazione tra gli atti amministrativi e gli atti amministrativi informatici anche dall’art. 15 della legge 15 marzo 1997, n. 59, ove si stabilisce che «Gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici [...] sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge». È, peraltro, da aggiungersi come il successivo Codice dell’amministrazione digitale non sembra abbia preso posizione sul punto, limitandosi a specificare talune ipotesi di nullità quale conseguenza del mancato rispetto delle regole prescritte per la firma digitale o per quella elettronica.

¹³¹ Ampilissimo è il panorama degli studi che nel corso degli anni hanno proposto trattazioni generali o dedicate ad aspetti particolari della discrezionalità dei pubblici poteri nelle sue diverse forme. *Ex multis*, oltre alla dottrina citata nel prosieguo, si ricordano M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, G. Azzariti,

Non essendo questa la sede per una ulteriore analisi delle caratteristiche dell'intelligenza artificiale¹³², è possibile impostare come punto di avvio del ragionamento la dottrina e la letteratura, ampiamente documentate, nelle quali si è dato prova dell'impossibilità di equiparare la I.A. alla mente umana¹³³. La prima – anche nel momento in cui compie complesse elaborazioni di natura predittiva, basate sul reperimento d'ingenti dati statistici, i menzionati *big data* – si limita a simulare il funzionamento della mente umana, sovente, non a caso, fornendo soluzioni fondate sull'esame di quanto usualmente accade (sulla scorta, appunto, di un rilievo statistico); la seconda, invece, funziona cumulando conoscenze, statistiche e riscontro concreto del contesto in cui opera.

Sulla scorta delle considerazioni qui riassunte, la dottrina, sin dagli albori della diffusione dell'informatica nei pubblici uffici¹³⁴, ha compattamente negato che un programma informatico o un automa potessero utilmente impiegarsi nell'insieme di attività discrezionali dell'amministrazione. Tesi quella riporta-

Dalla discrezionalità al potere, Padova, 1989; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1993, II, 54 ss.; G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; diffusamente, in tema di discrezionalità amministrativa, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014. Alle trattazioni monografiche si uniscono svariati lavori cd. "minori" della dottrina, tra cui particolare interesse rivestono, in aggiunta a quelli puntualmente richiamati nelle pagine successive, N. Paolantonio, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 413 ss. F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1149 ss.; più di recente, F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, cit.; N. Longobardi, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di Studio in onore di Enrico Follieri*, Quaderni, 30, Napoli, 2019, Tomo I, 181 ss.

¹³² Si rinvia a quanto esposto *supra* nel § 2.

¹³³ Si vedano gli ampi e già menzionati studi di A. Simoncini, S. Suweis, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, cit., e di G. De Anna, *Automi, responsabilità e diritto*, cit.

¹³⁴ Sul punto A. Masucci, *L'atto amministrativo elettronico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, 1989, cit., 24 ss., afferma che «se l'essenza del potere discrezionale consiste nel far sì che l'autorità nel perseguire il proprio obiettivo possa *di volta in volta*, per ogni specifico caso concreto, individuare una soluzione che tenga conto di tutti i possibili aspetti di una concreta situazione [...], allora può affermarsi che le soluzioni da applicare ai singoli casi concreti non possono essere predeterminate una volta per tutte. [...] *ne consegue che tale apprezzamento non può essere individuato una volta per tutte*, ma deve essere rimesso di volta in volta al funzionario preposto alla decisione. Né può immaginarsi che l'elaboratore elettronico possa "simulare" la valutazione che compie l'uomo in sede di apprezzamenti discrezionali». Lo stesso Autore, nel prosieguo del lavoro, per un verso, chiarisce che l'elaboratore può essere impiegato per facilitare il compito valutativo del funzionario in sede istruttoria e nel formulare un «catalogo di opzioni» (27) assimilabili a quelle scrutinate dal funzionario. Per un altro verso, ammette che a conclusioni differenti si possa giungere al ricorrere di discrezionalità tecnica, giacché in quest'ultima la «scelta del comportamento da tenere alla stregua degli interessi pubblici è stata fatta *a priori* una volta per tutte e in modo vincolante dal legislatore» (30), ancorché lo stesso autore ammetta (31) che, in taluni casi, anche la discrezionalità tecnica si declini in applicazione di scienze non esatte: come vedremo nel prosieguo del presente lavoro, infatti, l'esaurimento della discrezionalità tecnica – attesa l'opinabilità che la connota – non può essere demandato al legislatore, bensì ad un'attività intermedia della pubblica amministrazione. Ad ogni buon conto, già in questo primo studio monografico sull'atto amministrativo elettronico si perveniva all'opportunità di distinguere fra discrezionalità pura e discrezionalità tecnica. La summenzionata tesi è stata successivamente riproposta dall'Autore in una successiva monografia (Id., *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, 1993, cit., 31 ss.).

ta che muove dalla strutturazione stessa del *software*. Se esso è una sequenza di operazioni logiche preimpostate e limitate all'elaborazione di elementi conoscitivi immessi nel programma, ne consegue che esso dev'essere ricondotto alla logica "se [...] allora [...]"; ad un determinato *input* corrisponde un altrettanto determinato *output*; al manifestarsi di un requisito normativamente previsto consegue l'adozione di un atto amministrativo e il prodursi di un effetto giuridicamente rilevante.

Com'è facilmente intuibile, si tratterebbe di una logica di funzionamento del tutto ascrivibile ai poteri vincolati, ove la legge descrive in modo dettagliato non solo l'interesse da perseguire, ma anche le modalità e i requisiti necessari perché il potere possa essere esercitato.

Di converso, la medesima logica non sarebbe attuabile al ricorrere di attività discrezionale, «individuabile ogniqualvolta la legge, sul presupposto che l'interesse pubblico possa essere meglio tutelato affidando la definizione della regola del caso concreto all'organo alla cui cura esso è rimesso si astiene dal disciplinare puntualmente il contenuto di attività giuridicamente rilevanti»¹³⁵. L'assenza di una puntuale definizione legislativa dei mezzi impiegabili dall'amministrazione per il perseguimento del pubblico interesse renderebbe in una qualche misura "libera" la decisione amministrativa¹³⁶, richiedendo un apporto conoscitivo del funzionario non esigibile da un elaboratore.

Se questo è il quadro, con la sentenza n. 8472/2019 la Sesta Sezione¹³⁷ pare aprire una breccia nella cinta eretta dalla dottrina e dalla giurisprudenza preva-

¹³⁵ A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. IX, Torino, 1994, 401 ss.

¹³⁶ Diffusamente, su questi temi nella loro evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. XIII, Milano, 1964, 64 ss. Sul punto, A. Pubusa, *op. cit.*, 401 ss., «allorquando l'amministrazione debba dare attuazione a norme che ne determinano il fine e lo scopo, ma che volutamente lasciano spazi per la scelta delle soluzioni adeguate alla loro realizzazione. Questo profilo mette in risalto il potere del soggetto agente di ricercare le regole dei rapporti, tali da soddisfare nel caso concreto l'interesse attribuito alla sua cura». Peraltro, occorre osservare che la discrezionalità amministrativa, a sua volta, potrebbe declinarsi in diverse varianti, oltre all'ipotesi della cd. "discrezionalità tecnica" (che si esaminerà nel prosieguo di questo stesso paragrafo). Circa la discrezionalità amministrativa, o "pura", si potrebbero, infatti distinguere un'ipotesi, per così dire, "base", in cui l'amministrazione è munita del potere di ponderare gli interessi in gioco, da un'ipotesi caratterizzata da cd. "ampia discrezionalità", ove «la disposizione legislativa attributiva del potere è assai generica», la quale «non pone limiti [al potere] né sull'*an*, né sul *quid*, né sul *quando*, né sul *quomodo*» (P.M. Vipiana, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, cit., 73): a chi scrive, peraltro, appare difficile configurare l'impiego di un automa al ricorrere di "ampia discrezionalità". In ordine, poi, al riferimento alla "libertà" della scelta amministrativa, è di dovere precisare che – benché tale richiamo compaia sovente in illustre dottrina (si veda, P. Virga, *Eccesso di potere per mancata prefissione di parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, Vol. I, 587) –, invero, l'azione amministrativa non è libera nel senso con cui si è soliti riferirsi alle libertà del privato, in quanto essa risente della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico (su questi temi, già M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 169; A. Levi, *Attività lecita individuale ed attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, 96 ss.; C. Mortati, *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. V, Torino, 1960, 1100 ss.).

¹³⁷ *Supra* § 4.

lenti, nel momento in cui, con presa di posizione innovativa, afferma che non «vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse»¹³⁸. Si desume, pertanto, dalle motivazioni redatte dal Collegio che il *discrimen* fra il ricorso a strumenti informatici in attività caratterizzata da discrezionalità e l'esclusione di questa possibilità risiede non tanto nella natura giuridica del potere esercitato, quanto nella maggiore o minore complessità che il *software* deve dimostrare nell'approcciarsi a valutazioni opinabili quali quelle discrezionali¹³⁹.

Simile conclusione pare coerente con lo “statuto dell'algoritmo” che si è detto emergere dalle due sentenze del 2019, nel momento in cui esse s'indirizzano verso la qualificazione del programma informatico alla stregua di un modulo operativo, non meramente strumentale all'attività dell'organo, ma ad ogni modo soggiacente ad un controllo del suo titolare.

In effetti, gli orientamenti tradizionali che negano la legittimità – o la stessa fattibilità – della valutazione discrezionale informatica, paiono basarsi sull'analisi di modelli in cui il *software* gestisce il procedimento in modo totalmente autonomo dal funzionario persona fisica, sicché ogni apprezzamento sarebbe rimesso all'elaboratore. In senso opposto, se si riconosce, come chi scrive ritiene opportuno, d'inquadrare l'algoritmo nel più ampio apparato amministrativo le cui redini in ultima istanza sono tenute dalle persone fisiche, non risulta errato ammettere l'uso di strumenti informatici a corredo delle attività discrezionali.

Quanto scritto non rileva esclusivamente allorché il funzionario si avvalga di un *software* per facilitare l'esecuzione di alcuni compiti istruttori, come si potrebbe opinare avendo, poco sopra, fatto cenno al programma quale modulo incardinato in una rete umana di pubblici dipendenti: caso, questo, in cui, con tutta evidenza, il potere – discrezionale o meno – resta in capo al funzionario. Invece le suesposte considerazioni avrebbero valenza altresì nello svolgersi di procedimenti discrezionali interamente curati da un algoritmo, anche grazie all'affinarsi del *machine learning*.

In questi casi, facendo riferimento al *framework* di principi elaborati dalla Sezione Sesta, il procedimento potrebbe essere demandato al programma, il quale redigerebbe anche il provvedimento finale, da sottoporsi alla «verifica di logicità e legittimità» spettante «all'organo titolare del potere»¹⁴⁰. Il che si avvicina mol-

¹³⁸ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 11.

¹³⁹ Letteralmente, Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 11, afferma che «se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità».

¹⁴⁰ Cons. Stato, n. 8472/2019, cit., § 12. Cfr. anche Cons. Stato, n. 881/2020, cit.

to al qualificare l'azione del titolare come attività di controllo¹⁴¹, piuttosto che di amministrazione attiva, ancorché non si possa parlare di controllo in senso proprio, giacché si tratterebbe di un'unica sequenza procedimentale¹⁴².

Sotto altro profilo, quanto scritto è più intuitivamente riscontrabile ove la discrezionalità si manifesti in apprezzamenti tecnici¹⁴³, tali per cui il decisore, prescelto il criterio tecnico-valutativo da impiegare, potrebbe demandarne l'applicazione al *software*. Si verterebbe nella cd. "discrezionalità tecnica"¹⁴⁴ o "pote-

¹⁴¹ L'attività di controllo è quella che, come risaputo, non compete agli organi di amministrazione attiva, bensì a quelli cd. "di controllo" (per una trattazione completa del tema, P.M. Vipiana, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, 2019, 163 ss., e G. D'Auria, *I controlli*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2015, 545 ss.). Il controllo – quale attività di riscontro della correttezza di una data attività o di un certo atto già nota in epoca medievale con la locuzione *contra rotolum* (su questo aspetto si rinvia a R. Torrigiani, *Controlli amministrativi statali e regionali*, Milano, 1972, 4; M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1264; A. Crosetti, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. II, Torino, 1989, *ad vocem*) – può declinarsi in una molteplicità di categorie e sottocategorie: *id est* su organi o su atti, preventivo o successivo, interno o esterno [A. Sandulli (coordinato e scritto da), *Gli strumenti di controllo*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 363 ss.]. Inteso in senso più in generale, esso è definibile alla stregua di «un aspetto dell'agire umano necessariamente secondario ed accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primario o principale» (G. Berti, L. Tumiatei, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, 1964, 299): pertanto un'attività "impropria" di controllo potrebbe essere ravvisata anche nel riscontro effettuato dal funzionario persona fisica in merito al rispetto dei parametri fissati dalla legge e dall'amministrazione per il funzionamento del programma informatico.

¹⁴² All'opposto, l'attività di controllo, giuridicamente intesa, si fonda sul principio per cui controllato e controllante debbono essere soggetti diversi, altrimenti ne sarebbe inficiata l'utilità del controllo stesso. Nel caso di specie, sarebbe un "riscontro" di corretta operatività compiuto da una persona fisica verso una macchina: tuttavia, le similitudini con il cd. "controllo sull'attività" di un organo sono significative se si pensa al livello estremamente sofisticato di operazioni compiute da programmi informatici, eventualmente di autoapprendimento. Sulla qualificazione di controllo come attività "autonoma" di un organo nei confronti di un altro, si vedano, soprattutto, le trattazioni indicate nella nota precedente, nonché R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Roma, 2016, 839 ss.; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 110; più risalenti, M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 48, e L. SALVI, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Milano, 1957. È, ad ogni buon conto, opportuno rammentare che A. Crosetti, *Controlli amministrativi*, cit., 68, ha rimarcato che «il controllo è un fenomeno oltremodo vasto e complesso difficile da tipizzare, e sta ad indicare quei vari processi di verifica di conformità sulla scorta di determinati canoni o criteri prestabiliti, della regolarità di una funzione amministrativa».

¹⁴³ È stato osservato che gli «algoritmi possono servire per decidere o semplicemente per supportare decisioni umane. Nell'ambito decisionale, possono essere usati unicamente per esercitare potestà vincolate oppure potestà connotate da bassa discrezionalità», I.M. Delgado, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 3, 647.

¹⁴⁴ Molti sono i contributi della dottrina che, sin dalla prima metà del XX secolo si sono occupati di discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica e conseguente sindacato giurisdizionale. *Ex multis*, F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Ann., Milano, 2008, 476, nel momento in cui ricorda i contributi di Oreste Ranelletti nei *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 365 ss.; C. Mortati, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, Roma, 1936, ora in Id., *Scritti*, III, Milano, 1972, 997 ss. A livello monografico, si possono menzionare le trattazioni di D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F.G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 107 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; M. Asprone, M. Marasca, A. Ruscito, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009, 17 ss. In ordine ai contributi non aven-

re di valutazione tecnica”, al ricorrere del quale la pubblica amministrazione è chiamata a compiere una scelta che dipende dall’applicazione di regole tecnico-scientifiche¹⁴⁵ «non comprovabili in maniera universalmente accettata e, dunque, [...] regole opinabili»¹⁴⁶, in ciò distinguendosi dal mero accertamento tecnico¹⁴⁷.

Se la regola tecnica è opinabile¹⁴⁸ o, in altri termini, ci sono più possibili forme di apprezzamento tecnico, spetta allora all’amministrazione definire quale criterio impiegare, potendone demandare l’applicazione ad un *software*. L’atto-programma con cui l’amministrazione pianifica l’uso del modulo informatico¹⁴⁹

ti taglio monografico si ricordano, tra i molti, F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.; S. Baccharini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.; C. Videtta, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la legge 21 luglio, 2000 n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 6, 2251 ss.; F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 983 ss.; D. De Pretis, *Valutazioni tecniche della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 6179 ss.; E. Follieri, *Situazioni giuridiche soggettive dell’amministrazione*, in F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2014, 40 ss. in particolare; G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 705 ss.; C. Cudia, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, Vol. I (a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta); G. Clemente di San Luca, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *www.giustamm.it*, 2016, 7.

¹⁴⁵ Più in generale si vedano le ampie considerazioni sviluppate da L. Saltari, *Che resta delle strutture tecniche nell’amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1.

¹⁴⁶ F. Cintioli, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, cit., 472.

¹⁴⁷ Da tempo, in dottrina si è autorevolmente affermato che «non può parlarsi di discrezionalità tecnica in quei casi in cui il presupposto del provvedimento da adottare non sia una valutazione di fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento alla stregua delle attuali conoscenze scientifiche e tecniche, ma semplicemente un accertamento tecnico vale a dire l’accertamento di un fatto verificabile in modo indubbio» (A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, I, 591 ss.). Precedentemente e in senso analogo, V. Ottaviano, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell’amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 1, 1 ss., nell’evidenziare che la discrezionalità consente alla pubblica amministrazione di compiere valutazioni sufficientemente elastiche da consentire un adattamento dei pubblici poteri alla varietà delle situazioni cui deve provvedere, avverte che «gli apprezzamenti tecnici compiuti dall’amministrazione non danno luogo in se stessi, ad attività discrezionale non importando valutazioni dell’interesse pubblico». Più recentemente, A. Pubusa, *op. cit.*, 473, «l’accertamento tecnico è la valutazione compiuta dall’amministrazione applicando regole desunte da scienze esatte».

¹⁴⁸ Circa le valutazioni compiute dall’amministrazione munita di discrezionalità tecnica, il Consiglio di Stato in una recentissima pronuncia ha ribadito il carattere opinabile delle stesse: «Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, il giudice amministrativo può censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell’ambito di opinabilità, in quanto il suo apprezzamento, inevitabilmente opinabile, finirebbe per affiancarsi a quello altrettanto opinabile dell’Amministrazione, sostituendolo ed invadendo l’ambito delle attribuzioni riservate alla medesima» (Cons. Stato, 12 marzo 2020, n. 1768, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

¹⁴⁹ Un’ipotesi di questo genere potrebbe essere rinvenuta nel caso esaminato, di recente, da TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 novembre 2019, n. 12693, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove un algoritmo, identificato dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara, «determinava quindi il prezzo offerto dal concorrente considerando valori dati di produttività per la realizzazione dei punti funzione necessari all’esecuzione della commessa». Si legge nella motivazione che «l’algoritmo indicato nella legge di gara e posto alla base del foglio di calcolo offerto ai concorrenti stabilisce la produttività dei fattori necessaria a raggiungere i FP richiesti». Considerazioni analoghe si possono desumere anche da TAR Marche, Sez. I, 29 gennaio 2020, n. 82, *ivi*, dal momento che la controversia conosciuta dal Collegio era inerente alla corretta applicazione della normativa sugli appalti pub-

potrebbe qualificarsi alla stregua dell'autolimita¹⁵⁰: il soggetto pubblico munito di potere discrezionale¹⁵¹ predetermina i parametri tecnico-giuridici predisponendone l'applicazione tramite uno strumento informatico, appositamente programmato¹⁵².

Il fenomeno descritto non sarebbe, inoltre, nuovo nel panorama della materia, sussistendo altri casi in cui il potere discrezionale viene progressivamente ristretto ad opera di atti "intermedi" dell'amministrazione, di cui il caso tipico è il rapporto sussistente fra gli strumenti urbanistici e i titoli edilizi¹⁵³. Per il vero, altre branche del diritto amministrativo conoscono diffusamente il cd. "autovincolo", mediante il quale l'amministrazione procedente definisce una serie di regole al rispetto delle quali sarà obbligata, esauendo la propria discrezionalità¹⁵⁴.

blici operata da una pubblica amministrazione mediante bando di gara, nel quale si prevedeva l'impiego di un software a fini di calcolo delle soglie di anomalia.

¹⁵⁰ In dottrina, sul tema si ricordano gli studi di P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, e di A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; Id., *Prevedibilità delle scelte e certezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 697 ss.

¹⁵¹ In dottrina, al ricorrere del potere discrezionale si è, infatti, parlato di "autodeterminazione" della pubblica amministrazione (V. Ottaviano, *op. cit.*, 2).

¹⁵² P. D'Onofrio, *L'azione amministrativa digitale: disciplina e criticità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, 2019, 3, 141, nel commentare il menzionato precedente della Sezione Sesta del 2019, ha osservato che «la predetta discrezionalità, non potendo essere demandata al software, sarà impiegata in occasione della creazione dell'algoritmo, poiché le informazioni fornite allo strumento digitale, oggetto di una successiva meccanica applicazione, sono in origine il prodotto di una valutazione amministrativa umana (senza escludere un aggiornamento successivo, nel caso di apprendimento progressivo e di *deep learning*)». In senso analogo, P. Otranto, *Più aperto e più rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, 325 ss., alla nota 49, «vi è chi ammette la possibilità di una decisione amministrativa automatizzata allorché attraverso il software si introducano criteri validi ad orientare l'esercizio del potere nei singoli casi. In tale ipotesi, la discrezionalità dell'amministrazione sarebbe esercitata a monte attraverso la predeterminazione dei criteri e dei principi cui l'elaboratore dovrebbe attenersi nell'esame del materiale informativo e nell'adozione della decisione».

¹⁵³ Il caso tipico è quello della pianificazione in urbanistica, ove il permesso di costruire risulta essere atto vincolato, poiché il potere discrezionale dell'amministrazione è stato progressivamente ridotto tramite gli atti di conformazione urbanistica: in generale, si veda P. Urbani, S. Civitaresse Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, VI ed., Torino, 2015, 329 ss.; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2016, 57 ss.; F. Salvia, C. Bevilacqua, *Manuale di diritto urbanistico*, III ed., 2017, 199 ss. Cfr. anche R. Montefusco, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 2861 ss. È affermazione consolidata in giurisprudenza che il pianificatore dispone di un'elevata discrezionalità. In tal senso, la recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 17 marzo 2020, n. 3321, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Analogamente, Cons. Stato, Sez. II, 18 marzo 2020, n. 1926, *ivi*, e Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2017, n. 3237, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017. È altrettanto assimilato nella giurisprudenza amministrativa il principio in forza del quale l'amministrazione, all'atto di redazione dello strumento urbanistico (o degli strumenti urbanistici), esaurisca la propria discrezionalità, di modo che il rilascio dei conseguenti titoli edilizi assuma i caratteri di attività vincolata al mero riscontro del rispetto della normativa urbanistico-edilizia vigente: in questo senso, TAR Toscana, Sez. III, 28 marzo 2018, n. 449, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018, TAR Valle d'Aosta, 24 ottobre 2017, n. 59, *ivi*, 2017, e Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 2305, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

¹⁵⁴ In tal senso, già pronunce risalenti si pongono in questa direzione. Così Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2162, in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1149, «La portata vincolante delle prescrizioni contenute nel bando di gara per l'aggiudicazione di un contratto della p.a. esige che alle stesse sia data puntuale esecuzio-

Quanto riportato si nota quotidianamente nella disciplina dei contratti pubblici¹⁵⁵, tanto nella vigenza del codice del 2006¹⁵⁶, quanto sotto l'imperio del D.lgs. n. 50/2016¹⁵⁷: area questa, connotata da una marcata evidenza pubblica, che ontologicamente non si discosta dalle selezioni per il pubblico impiego, in cui il MIUR, come accennato, ha fatto uso di strumenti informatici.

In effetti, i giudici amministrativi si sono dimostrati propensi a riconoscere una valenza generalizzata all'autovincolo¹⁵⁸ attuato per il mezzo della *lex specialis*¹⁵⁹ di gara¹⁶⁰, con cui le stazioni appaltanti non solo si sono predeterminate negli appalti di rilevanza comunitaria, ma anche hanno esteso la normativa dei contratti pubblici a settori (o requisiti) per cui essa non è imposta¹⁶¹, scaturendone un vero e proprio vincolo autoimposto¹⁶².

ne nel corso della procedura senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete la loro attuazione, residui alcun margine di discrezionalità che si concreterebbe nella disapplicazione di norme costituenti un vincolo di autolimita». A titolo esemplificativo si veda anche TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702, in *Urb. app.*, 2000, 1, 199 ss.

¹⁵⁵ Invero, l'"autolimita" o "autovincolo" è richiamato dalla dottrina in diverse branche del diritto amministrativo. In tal senso, S. Tarullo, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 149 ss., sul punto anche L. Benvenuti, *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, *ivi*, 2009, 2, 227 ss. Più in generale, A. Police, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, *ivi*, 1996, 2, 229 ss.

¹⁵⁶ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹⁵⁷ D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cd. "codice dei contratti pubblici".

¹⁵⁸ In dottrina è stato, non per nulla, osservato che «Già sul piano terminologico, se si scorrono le rassegne giurisprudenziali, non si può non rilevare il carattere alquanto ricorrente che rivestono i vocaboli "autolimita" della pubblica amministrazione ed i suoi sinonimi: di volta in volta, si parla di "autovincolo", "autodeterminazione", "autodisciplina", "autoimposizione di limiti", "autoregolamentazione"» (P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., 22-23).

¹⁵⁹ Talune considerazioni in questo senso, in F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, 505 ss., nota 10. Cfr. anche B. Mameli, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 1, 63 ss.

¹⁶⁰ A titolo esemplificativo, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 luglio 2018, n. 4353, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2018, «La clausola di automatica esclusione per l'ipotesi di carenza, anche parziale, della documentazione prescritta dal bando, inserita nella *lex specialis* della procedura, costituisce per l'Amministrazione un autovincolo ai fini delle determinazioni in ordine all'ammissibilità degli aspiranti e preclude l'esercizio di alcun apprezzamento discrezionale rispetto alle anomalie riscontrate nella documentazione prodotta, inibendo una integrazione postuma degli elementi forniti a corredo dell'istanza».

¹⁶¹ Si vedano, tra le molte, TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 16 settembre 2016, n. 919, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2016, e Cons. Stato, Ad. gen., 24 febbraio 2011, n. 255, in *Foro amm. CDS*, 2011, 665.

¹⁶² Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2016, n. 4129, in *lammministrativista.it*, 7 ottobre 2016: «L'amministrazione che, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, vi abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza della *lex specialis* cui si è autovincolata ed ai moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale, essendo di conseguenza tenuta a rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità afferenti alla procedura di gara prescelta, senza che le sia consentito, a pena di illegittimità, la previsione di deroghe che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della concorrenza».

Simili considerazioni potrebbero legittimare gli atti con cui l'amministrazione predefinisce una griglia di casi e di requisiti¹⁶³ entro i quali è chiamato ad operare il *software*. Ciò, com'è ovvio, non garantisce di per sé la legittimità degli atti adottati dal programma informatico, ma permette, innanzitutto, che la valutazione digitale sia ricondotta al controllo umano preventivo, declinato nella redazione dell'atto-programma di autovincolo e, secondariamente, che la suddetta valutazione sia più facilmente verificabile *ex post* dal titolare dell'organo o, eventualmente, dal giudice.

Da quanto scritto deriva che anche poteri discrezionali, soprattutto se "tecnici", possono annoverarsi nell'ambito d'applicazione dei moduli informatici, sempreché venga garantita, come desumibile dalla giurisprudenza esaminata, l'attività umana di verifica, declinabile – come si è avuto modo di vedere – nella peculiare forma di controllo successivo o nella preventiva delimitazione dell'ambito tecnico di operatività del *software*.

8. Osservazioni di carattere conclusivo

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di affrontare, sotto il profilo giuridico, taluni degli aspetti che interessano l'impiego di strumenti informatici nell'esercizio di poteri pubblici. La tematica, come si è potuto far cenno, lambisce numerosi aspetti non solo di diritto amministrativo – sostanziale e processuale –, bensì anche di altre branche del diritto, nonché delle scienze sociali, economiche e naturali.

Cardine dei problemi, lo si è accennato, attiene alla corretta trasfusione di regole tecniche entro paradigmi giuridici che si sono consolidati nel tempo e che si sono evoluti in un'epoca – quella del XIX e del XX secolo – ben lontana dall'immaginare tecniche di dematerializzazione e di automazione dei processi decisionali pubblici.

La conclusione cui, nel presente scritto, si è pervenuti all'esito della disamina di taluni casi giurisprudenziali, è che simili istituti, scolpiti nelle fonti norma-

¹⁶³ Il valore dell'autolimita quale strumento atto a predeterminare criteri valutativi in giudizi complessi, di modo che la successiva attività provvedimentale dell'amministrazione ne risulti semplificata e "vincolata", è stato messo in risalto da tempo in giurisprudenza: cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 marzo 2006, n. 1722, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3, 1010, «In sede di gara, la specificazione degli elementi generali indicati nel bando e nella lettera d'invito (mediante articolazione in sottovoci e puntualizzazione dei parametri valutativi per l'attribuzione del punteggio, con formazione di una "griglia" che permetta un esercizio "guidato" e controllabile della discrezionalità tecnica ed amministrativa insita nel giudizio della commissione) costituisce un atto di autolimita necessario quando la complessità del giudizio, correlata al contenuto tecnico ed alla molteplicità degli aspetti da prendere in considerazione per valutare le offerte, non consenta di operare un immediato raffronto tra il progetto di massima predisposto dall'amministrazione e le offerte presentate».

tive e nel diritto pretorio, non possono subire un immediato e automatico mutamento all'implementarsi delle tecniche informatiche. Tale mutamento necessiterebbe – in virtù del principio di legalità che conforma l'attività e l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni – di una puntuale copertura normativa, che non pare desumersi dal menzionato codice dell'amministrazione digitale, quantomeno in tutte le ipotesi in cui oggetto di studio non sia il mero impiego strumentale dell'informatica a favore dei compiti ordinariamente assegnati al responsabile del procedimento o al titolare dell'organo, bensì sia l'attività automatizzata di assunzione della decisione.

Al manifestarsi di queste occorrenze si è notato come il potere amministrativo tenda a subire una distorsione, a sfuggire dalle mani del suo depositario, per essere "informatizzato" e attuato per il tramite di moduli automatizzati, la cui logica di funzionamento sfugge alla stessa amministrazione che pretende di farne impiego.

Il processo di digitalizzazione volto a favorire l'utilizzo di elaboratori – e tramite questi di *software* e di algoritmi – da parte del decisore pubblico, espone questi al rischio di trasformarsi in un automa, in una macchina in grado di adottare provvedimenti amministrativi in luogo del funzionario persona fisica.

Gli aspetti problematici di questa tendenza – che, a quanto consta, non pare essere giunta al suo culmine, posto che la casistica giurisprudenziale ci mostra moduli informatici lontani dal *machine learning* – sono già stati esposti nei paragrafi precedenti: ciò che in questa sede conclusiva si vuole evidenziare, attiene alla possibilità di tradurre, nelle regole e nel linguaggio giuridico a noi noti, gli argomenti di cui si è trattato.

Innanzitutto, si è visto che le categorie di atto, provvedimento e di procedimento possono prestarsi ad un corretto inquadramento tanto del prodotto dell'elaboratore, quanto della natura giuridica dell'algoritmo che è posto alla base di un programma informatico. Si giunge alla conclusione che l'atto informatico, inteso in senso lato, può racchiudere in sé un ampio compendio di atti amministrativi, di provvedimenti o di atti presupposti, ma soprattutto che non è possibile addivenire ad un'automatica equiparazione fra algoritmo (eventualmente *software*) e atto amministrativo informatico, tanto sul piano giuridico, quanto su quello ontologico.

Secondariamente, si è posta attenzione all'ampiezza delle valutazioni che possono essere attribuite ad un elaboratore in termini di esercizio di potere vincolato, discrezionale puro e discrezionale tecnico. Mentre la prima tipologia non ha mai destato la preoccupazione della dottrina e della giurisprudenza, maggiori accortezze si sono dovute attuare nell'ammettere – anche nel solco delle recenti pronunce del Consiglio di Stato – l'apporto di un *software* "tradizionale" o di

“autoapprendimento” ai fini della presa di una decisione rimessa alla discrezionalità dell’amministrazione pubblica.

In merito a quest’ultima possibilità si è motivata la tesi che i poteri discrezionali, soprattutto se consistenti in apprezzamenti tecnici e sempre in un quadro procedimentale posizionato entro confini umani, possano usufruire di un consistente – se non preponderante – contributo della decisione automatizzata. Sotto il profilo prettamente giuridico ciò potrebbe avvenire in virtù della combinazione, da un lato, di un’attività umana di predeterminazione delle strategie decisionali attraverso atti amministrativi a contenuto generale o atti presupposti e, da un altro lato, di un controllo “non autonomo” compiuto dallo stesso titolare dell’organo.

Il quadro appare, pertanto, abbondantemente articolato, connotato da molteplici sfaccettature e chiaroscuri, caratterizzato da un progresso scientifico incalzante e non facilmente conciliabile il mondo del diritto. Le regole giuridiche esigono, tuttavia, di essere applicate in ragione della loro funzione di garanzia della certezza del diritto e dell’eguaglianza. Non è, pertanto, da ritenersi scorretto l’approcio epistemologico diretto a ricondurre l’informatica nelle maglie del diritto come formulato alla luce delle considerazioni precedentemente dipanate. *De iure condendo*, sarebbe auspicabile un intervento normativo atto a superare la frammentarietà delle regole che governano il decisore pubblico; intervento teso a plasmare un “testo unico dell’azione amministrativa”¹⁶⁴, comprensivo altresì delle disposizioni “informatiche” nelle loro svariate declinazioni.

¹⁶⁴ Sul ruolo sempre più rilevante delle codificazioni e dei testi unici nel diritto amministrativo, si rinvia alle considerazioni di P.M. Vipiana, *Riflessioni sulle recenti riforme amministrative*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Franco Pizzetti*.

Matteo Timo - Abstract

Algoritmo e potere amministrativo

Il saggio si propone di analizzare, alla luce di alcuni recenti approdi della giurisprudenza amministrativa e delle principali correnti dottrinali, l'impiego degli algoritmi entro i processi decisionali della pubblica amministrazione. Particolare attenzione viene posta dall'autore alla nozione di atto amministrativo ad elaborazione elettronica e alla possibilità che moduli informatici operino nell'alveo dei poteri discrezionali.

Algorithm and administrative power

In the light of recent developments in administrative jurisprudence and the main doctrinal currents, the essay aims to analyse the use of algorithms in the decision-making processes of public administrations. The author pays particular attention to the notion of an administrative act with electronic elaboration and to the possibility for computer modules to operate on the spectrum of discretionary powers.

Sostenibilità e burocrazia: un'analisi dei vincoli interni nella gestione dei comuni in Italia

Geremia Gios, Pier Luigi Novi Inverardi

1. *Introduzione*

Le presenti note si propongono di evidenziare alcune delle conseguenze negative per gli enti locali derivati dalla crescente complessità della normativa che ne indirizza l'attività. Crescente complessità che si traduce in un appesantimento burocratico, in una perdita di efficienza e, in ultima analisi, in una perdita di competitività del territorio in cui i medesimi enti locali sono situati. È noto (Dasgupta, 2004), in proposito, che la garanzia di uno sviluppo sostenibile dipende, fra il resto, dai meccanismi di allocazione delle risorse disponibili. Tra queste ultime l'efficienza degli enti locali assume un ruolo di prima piano.

Più precisamente partendo da alcuni principi generali ci si propone di mettere in luce l'esistenza di una possibile relazione tra specializzazione, multifunzionalità e sostenibilità nell'attuale modello di sviluppo economico. Relazione che non solo riguarda gli enti locali, ma interessa anche l'attuale modello di sviluppo economico. L'obiettivo del lavoro essendo quello di individuare modalità gestionali in grado di evitare, in presenza di un aumento delle dimensioni economiche, un incremento più che proporzionale dei costi di controllo del sistema.

In una logica di sviluppo sostenibile¹ nella maggior parte dei casi gli ostacoli al raggiungimento di un'effettiva sostenibilità sono stati identificati in limiti esterni al sistema². Basti pensare, in proposito, agli aspetti ambientali della sostenibilità medesima. In questa sede, per contro, al fine di raggiungere l'obiettivo

¹ Com'è noto le definizioni di cosa si debba intendere per sviluppo sostenibile sono numerose. Tuttavia, ai nostri fini, si ritiene sufficiente fare riferimento alla nota definizione «lo sviluppo sostenibile è uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri» (WCED, 1987).

² Tuttavia il punto di vista fatto proprio deve essere ritenuto complementare piuttosto che alternativo rispetto a quello volto a individuare limiti esterni al sistema socio-economico. In relazione a quest'ultimo approccio di veda, tra gli altri, per gli aspetti ambientali Tiezzi e Marchettini (1999) nonché Marchettini et al. (2011) e Sachs (2015).

dianzi richiamato, si cercherà di approfondire quali condizioni interne inerenti al modello organizzativo gestionale adottato possono influire sulla capacità dei Comuni, come del sistema economico, di essere sostenibili.

A tal fine, dopo un'analisi teorica, sarà condotta un'analisi empirica, sia pure contenuta in un numero ridotto di casi, relativamente alla gestione dell'ente comunale in Italia. In questo paese, il Comune³ rappresenta l'ente pubblico più semplice e probabilmente quello che ha subito meno modifiche nel corso del tempo. Durante l'ultimo secolo le dimensioni economiche dei singoli Comuni sono aumentate di molto come conseguenza di una maggiore disponibilità di risorse. Aumento delle dimensioni economiche del sistema da ritenere generalizzate interessando sia Comuni che hanno visto un aumento della loro popolazione sia quelli in cui quest'ultima è rimasta stazionaria o si è ridotta.

L'aumento delle dimensioni economiche si è tradotto in una sempre più marcata specializzazione⁴ (Bottino, 2008) e conseguente parcellizzazione dell'apparato amministrativo e della normativa che regola l'attività dell'ente stesso⁵. Specializzazione e parcellizzazione accentuata, nell'esperienza italiana, da riforme⁶ che privilegiando l'imparzialità sulla funzionalità hanno introdotto la distinzione tra politica e amministrazione con conseguente differenziazione tra competenze degli organi politici e competenze degli organi amministrativi. Con questo dimenticando che «l'efficienza amministrativa aumenta se si riduce al minimo il numero di gradi organizzativi attraverso i quali un problema passa prima di essere risolto (Simon, 2001, 75)». A complicare ulteriormente le cose vi è anche il proliferare, apparentemente inarrestabile, della cosiddetta *soft law*⁷. In conseguenza sono aumentati anche i controlli basati, nella maggior parte dei casi, sul rispetto

³ Il Comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo (art. 3, comma 2 TUEL).

⁴ Nel far questo si è dimenticato che la specializzazione non è una condizione per la sana amministrazione (Simon, 2001, p. 69), in quanto l'efficienza finale dipende dalla tipologia di specializzazione e dalla compatibilità di questa con il principio dell'unità di comando.

⁵ Nel tentativo di sfruttare le economie di scala, e ridurre così i costi di gestione, in vari momenti si è cercato di aggregare fra loro diversi Comuni e di gestire in forma collettiva i diversi compiti tramite le cosiddette gestioni associate o le unioni dei Comuni o altro ancora (De Martin, 1984; Berti et al., 2001; Berti et al., 2002; Vandelli, 2006). Tali tentativi non sembrano però aver prodotto, almeno fino a ora, risultati significativi pur se in linea teorica si inseriscono nel tema della sussidiarietà (Renna et al., 2012). Questo anche perché «la complessità istituzionale trova un limite nella trasparenza e nella praticabilità democratica. È necessario che le responsabilità relative alla fornitura dei vari servizi siano ben definite e chiaramente intelligibili da parte dei cittadini» (Fraschini e Osculati, 2006; Latorraca, 2006; Viscomi, 2010).

⁶ A titolo di esempio, si veda in proposito il d.lgs. n. 165 del 2001 e successive modifiche e integrazioni (Merloni, 2016).

⁷ Proliferare che trova nell'amministrazione pubblica la propria origine da un lato nella necessità di avere modelli di comportamento rispetto a cui valutare le condotte concrete dei funzionari dall'altro nell'esigenza dei medesimi funzionari di ridurre i rischi conseguenti alle loro azioni (Rodotà, 2006).

di procedure via via più complesse.⁸ In base alla normativa esistente i vari passaggi che interessano un atto amministrativo sono minuziosamente descritti e pertanto vi è la possibilità di avere le informazioni di base per la verifica empirica del modello teorico di riferimento.

Oltre che sulla disponibilità di dati, la scelta di condurre l'indagine nell'ambito della pubblica amministrazione dipende anche dall'incidenza veramente elevata che la stessa ha attualmente rispetto al volume complessivo dell'economia⁹. Questo sia come incidenza diretta che indiretta¹⁰.

2. Resistenza e resilienza

Dal punto di vista del sistema economico e in un'ottica dinamica, la sostenibilità può anche essere interpretata come la capacità di perseguire un sentiero di sviluppo senza che l'intervento di shock esogeni porti a un'interruzione dello sviluppo medesimo¹¹. Tale capacità può essere considerata – sotto un certo punto di vista – come conseguenza di due distinte proprietà: *resistenza* e *resilienza*¹².

Con il termine resistenza si intende qui riferirsi alla capacità di assorbire lo shock senza deviare dal sentiero intrapreso (Martin, 2011) mentre con il termine resilienza (nella concezione adattiva che qui si fa propria) ci si riferisce alla capacità di intraprendere, mantenendo efficienza, un nuovo sentiero quando il precedente risulti non più perseguibile¹³.

⁸ Del resto il meccanismo che porta ad una crescente formalizzazione delle procedure non è nuovo. Fra i tanti ad aver affrontato in passato il tema, mettendo in luce la conseguenza disastrosa dal punto di vista economico, di tale evoluzione basti ricordare in questa sede, il magistrale lavoro di Cipolla (1982) relativo ai controlli sanitari al porto di Livorno. Sul tema si veda anche recentemente l'interessante lavoro di Bettini e De Carolis (2019).

⁹ Per esempio, nel 2010 in Italia il 51.2% del PIL era costituito da spesa della pubblica amministrazione (Giarda, 2012).

¹⁰ Relativamente a quest'ultimo aspetto basti pensare ai condizionamenti dell'intero sistema economico che la normativa e le modalità concrete di applicazione della medesima comportano.

¹¹ Ovviamente tale capacità di mantenere il sentiero di sviluppo dipende sia dalla struttura del sistema (capacità in sé) sia dalla modalità con cui si reagisce (strategia).

¹² Va osservato che per alcuni autori, Martin (2012) e Martin e Sunley (2013), la resistenza sarebbe una delle quattro dimensioni della resilienza, ma riteniamo preferibile in questo lavoro mantenere distinti i due concetti.

¹³ In realtà sul termine resilienza esistono numerose definizioni, in parte in contraddizione l'una con l'altra. In particolare si possono individuare *tre* diverse accezioni: una prima di tipo *ingegneristico* (Hotteling, 1973), (Pimm, 1984), (Walker et al., 2006), una seconda di tipo *ecologico* (Hotteling, 1996), (Gunderson e Hotteling, 2003), (Gunderson e Pritchard, 2002), (Walker et al., 2006) e, infine, una terza di tipo *adattivo* (Perrings, 2006), (Hill, Wial e Wolman, 2008). Relativamente a quest'ultima definizione si veda, per esempio, «the ability of the system to withstand either market or environmental shocks without losing the capacity to allocate resources efficiently» (Perrings, 2006, 418).

Resistenza e resilienza sono proprietà complementari, collegate con diverse caratteristiche del sistema di cui fanno parte. Nello specifico, la resistenza può essere definita in funzione delle dimensioni e della complessità del sistema. Più grande e articolato è il sistema economico o la componente del medesimo considerata, maggiore dovrà essere l'entità dello shock esogeno necessario per perturbarne in maniera significativa l'equilibrio¹⁴.

L'aumento delle dimensioni del sistema economico è frequentemente conseguenza della necessità e/o opportunità di realizzare *economie di scala* quale strategia per aumentare la produttività dei fattori produttivi; secondo quanto poc' anzi detto, le economie di scala finirebbero per essere di garanzia alla stessa resistenza del sistema.

La resilienza, per contro, può essere definita in funzione del grado di multifunzionalità del processo produttivo e, quindi, della flessibilità (e intercambiabilità) dei fattori produttivi e, pertanto, collegata con quelle che usualmente vengono definite come *economie di gamma* (o di scopo)¹⁵.

2.1. *Volume dell'economia e disordine*

Il sistema economico, come è noto, può essere considerato un sistema complesso¹⁶ vale a dire un sistema nel quale contano non solo le singole componenti ma anche le relazioni instaurate fra le medesime (Simon (1962)). Le singole componenti possono essere esaminate a diversi livelli e le loro interazioni possono portare a risultati che non sono desumibili dal comportamento dei singoli elementi che compongono il sistema. Ciò vale non solo a livello macroeconomico complessivo (Waldrop, 1993) ma anche a livello gestionale¹⁷.

¹⁴ Si pensi in proposito all'affermazione *Too big to fail - Troppo grande per fallire* frequentemente utilizzata per banche e imprese operanti nella finanza.

¹⁵ In effetti, in un contesto caratterizzato da fattori produttivi multifunzionali è molto più facile passare da una produzione all'altra o modificare il mix di fattori produttivi all'interno di una data produzione.

¹⁶ La complessità in ambito organizzativo può essere vista anche come una condizione necessaria per il funzionamento di un sistema Pina e Rega (2005).

¹⁷ Relativamente a quest'ultimo aspetto, sia pure con un approccio diverso da quello qui adottato, si vedano fra gli altri – con riferimento a singole aziende e/o organizzazioni – i contributi di De Toni e Dezan (2015), Davies e Meyer (2003), Salvini (2014).

Del resto l'indirizzarsi verso la complessità¹⁸ sembra essere una tendenza di tutti i sistemi auto-organizzati¹⁹. Da un diverso punto di vista, come è noto, a partire da Whately (1931) e poi da von Mises e dalla scuola austriaca, la stessa economia di mercato è stata considerata un sistema auto-organizzato che, per usare le parole di Von Hayek (1988), consente ai singoli produttori di sorvegliare solo i movimenti di pochi indicatori, per adattare le proprie attività a cambiamenti di cui non si potrebbe sapere mai nulla di più di quanto si riflette nel movimento dei prezzi²⁰. Auto-organizzazione che nel caso di enti pubblici, quali i comuni, spinge verso un aumento della complessità della normativa per almeno tre ragioni. In primo luogo vi è per gli amministratori la necessità di avere modelli di comportamento rispetto cui valutare le condotte concrete dei funzionari. In secondo luogo vi è l'esigenza dei medesimi funzionari di ridurre i rischi delle loro azioni (Rodotà 2006). Infine, vi è la necessità di recepire normative sovraordinate sempre più complesse ed emanate da soggetti tra loro non sempre coordinati. Proprio perché abbiamo a che fare con un sistema complesso che, entro i limiti della legislazione sovraordinata si auto-organizza, è possibile cercare di valutare, ricorrendo all'entropia, la sostenibilità di una crescente complessità²¹. Va da sé che tale esercizio può porre le basi perché, in una logica co-evolutiva²², si modifichino i comportamenti al fine di recuperare capacità di durare nel tempo²³. In altri termini, in tutti i sistemi complessi (anche economici) è importante indivi-

¹⁸ Com'è noto in ambito amministrativo-gestionale, c'è una crescente attenzione verso il tema della complessità anche se l'interpretazione di come sia possibile gestire la stessa oscilla tra due visioni parzialmente contrapposte. Per Ashby (1956) infatti, il livello di complessità interna all'organizzazione è ottimale quando è equivalente al livello di complessità esterna. Per contro, per Luhmann (1984) è necessario ridurre la complessità dell'ambiente esterno per poter mantenere entro limiti accettabili la complessità (interna) dell'organizzazione. In proposito relativamente ai temi qui trattati si veda Fracchia (2012).

¹⁹ Per poter parlare di sistema auto-organizzato lo stesso deve rispettare le seguenti condizioni:

1. l'organizzazione di un sistema in una struttura spaziale/temporale organizzata deve avvenire senza intervento esterno;
2. il cambiamento è sempre autonomo in ogni ristretta fase spaziale (il cosiddetto attrattore);
3. lo sviluppo strutturale legato alle variabili indipendenti del sistema dipende solamente dall'influenza di regole locali (De Toni A.F. e Dezan G. (2015).

²⁰ In conseguenza della dispersione della conoscenza sostenuta da Von Hayek, per i marginalisti un controllo pubblico sui prezzi rende i sistemi economici auto-organizzati meno efficienti mentre, partendo dai fallimenti del mercato, gli economisti socialisti arrivano a dedurre che l'auto-organizzazione produce cattivi risultati per cui lo stato dovrebbe dirigere produzione e prezzi.

²¹ Complessità che si traduce sia in un aumento delle componenti del sistema sia in un incremento nel numero delle relazioni tra i medesimi componenti.

²² L'idea di coevoluzione può essere riassunta osservando che se l'uomo modifica l'ambiente in cui vive, questo a sua volta modifica l'uomo stesso ed i suoi comportamenti. In maniera più poetica la coevoluzione è stata definita come «una sorta di danza per mantenere l'adattamento reciproco» (Cammarata, 1999).

²³ Del resto è già stato da tempo dimostrato in Peters (1996), anche per l'ambito economico-finanziario, che in funzione di diversi valori attribuibili a un sistema modellabile tramite un modello deterministico elementare, è possibile passare da una situazione di stabilità a una caratterizzata da un'evoluzione caotica.

duare, in funzione delle variabili rilevanti, una *soglia critica*²⁴ superata la quale il sistema collassa²⁵ o, per dirla in altri termini, diventa non più sostenibile.

Al fine di individuare tale “soglia” si può semplicemente partire dall’ovvia constatazione che in un sistema complesso il numero di connessioni (o *relazioni*) che si instaurano tra le diverse componenti (o *poli* o *nodi* che dir si voglia) è direttamente proporzionale al numero delle componenti medesime. Aumentare il numero delle connessioni significa, tuttavia, aumentare il “disordine” (entropia) del sistema stesso. I collegamenti tra le diverse componenti possono portare a risultati positivi o negativi. Ogni connessione comporta, quindi, un certo vantaggio e sulla base dei singoli vantaggi può essere calcolato un vantaggio medio. Si può dimostrare che il vantaggio complessivo – dato dal vantaggio medio per il numero complessivo di connessioni – cresce in maniera proporzionale all’aumento delle componenti del sistema.

Contemporaneamente ogni connessione produce un certo rischio medio e, in conseguenza, comporta per il sistema un potenziale danno medio. Ne deriva che il danno potenziale complessivo sarà pari al valore del rischio medio per il numero di possibili connessioni. In altri termini, se il numero delle componenti cresce, aumenta il danno complessivo potenziale. Se quest’ultimo aumenta oltre un certo livello si arriva rapidamente alla catastrofe.

Ora per avere un danno complessivo costante – sostenibile dal sistema – occorre che il rischio collegato con la singola connessione diminuisca in proporzione. Per fare questo è necessario sostenere dei costi; costi che assumono asintoticamente un andamento esponenziale crescente. Tale andamento evidenzia l’insostenibilità della scelta di mantenere costante il danno globale attraverso la sistematica riduzione del rischio. Al tempo stesso uno scenario caratterizzato da un rischio crescente comporta una forte instabilità del processo di crescita. Ancora, l’introduzione di innovazioni organizzative e gestionali per neutralizzare completamente i costi crescenti di controllo dovrebbe svilupparsi anch’essa in maniera esponenziale. Circostanza quest’ultima che appare difficilmente realizzabile (e sopportabile dal punto di vista del costo connesso).

Quanto sopra descritto può essere, sulla falsariga di quanto scrive Tartaglia (2013) e prendendone a prestito l’apparato metodologico, formalizzato come segue. Consideriamo un sistema economico articolato in N *poli* interconnessi da *relazioni*

²⁴ Questo tenendo conto anche della possibilità di innescare retroazioni di tipo positivo o negativo.

²⁵ O meglio, sarebbe necessario individuare le condizioni per cui sia possibile collocarsi in quella che Wolfram (1984) individuò come classe IV, vale a dire sistemi che non comportano «raggruppamenti stabili, ma neppure totale caos» vale a dire strutture complesse «che in sostanza non diventano mai statiche». O ancora per De Toni A.F. e De Zan G. (2015) in un sistema aziendale complesso tenuto conto dei costi di coordinamento vi è un punto oltre il quale l’aumento della complessità porta ad una riduzione dei profitti.

di una qualche natura (fisiche, virtuali, di scambio, ...) e per il quale si può facilmente calcolare il numero massimo \mathcal{N} di relazioni (potenziali) tra gli N poli

$$\mathcal{N} = \frac{N(N-1)}{2} \quad (1)$$

mentre il numero di *configurazioni* equivalenti della rete a N poli sarà dato da $v = N!$.

È ragionevole pensare che al crescere del numero N dei poli, e quindi del numero di relazioni che intercorrono tra essi, la *complessità* del sistema economico (che in un contesto antropico equivale a *disordine*) aumenti. Una misura appropriata dell'intensità del disordine presente nel sistema può essere ottenuta ricorrendo all'entropia di Boltzman

$$S = k_B \ln(N!) = k_B \sum_{m=0}^{N-1} \ln(N-m) \simeq k_B \sqrt{2\pi N} \left(\frac{N}{e}\right)^N$$

con k_B costante di Boltzmann e ricordando che

$$\ln(N!) = \sum_{m=1}^N \ln(m) = \sum_{m=0}^{N-1} \ln(N-m).$$

Con un po' di algebra si può anche ricavare l'andamento della crescita del disordine (crescita dell'entropia) a seguito di una crescita dimensionale del sistema (vale a dire del numero N dei poli) data da:

$$\dot{S} = k_B \dot{N} \sum_{m=0}^{N-1} \frac{1}{N-m} = k_B \dot{N} \sum_{m=1}^N \frac{1}{m}$$

o, approssimativamente,

$$\dot{S} \simeq k_B \sqrt{\pi} \left(\frac{1}{\sqrt{2N}} + \sqrt{2N} \ln(N) \right) \left(\frac{N}{e} \right)^N \dot{N} = \left(\frac{1}{2N} + \ln(N) \right) S \dot{N}$$

dove con \dot{a} si intende la derivata della funzione $a(t)$, funzione del tempo, rispetto al tempo t vale a dire il *tasso di incremento* della funzione $a(t)$. Infine, il tasso di incremento *relativo* del disordine laddove ipotizziamo il sistema economico articolato in N nodi è dato da:

$$\frac{\dot{S}}{S} \simeq \left(\frac{1}{2} + N \ln(N) \right) \frac{\dot{N}}{N}$$

con $\left(\frac{1}{2} + N \ln(N) \right) > 1$ per $N \geq 2$.

È allora del tutto ragionevole supporre che un incremento nel volume dell'economia, anche dovuto semplicemente a un aumento di un qualsivoglia fattore produttivo (che possiamo interpretare come un aumento del numero di poli) si traduca naturalmente in un aumento del grado di disordine del sistema stesso.

Indicato con n il numero medio degli scambi associati a ogni relazione, numero che si assume crescente a partire da zero con andamento asintotico verso la saturazione (qui indicato con n_∞), va da sé che ogni relazione comporta un certo *rischio medio*²⁶ il cui valore è qui indicato con ϵ ; di conseguenza, si può infine definire il *danno totale* D ²⁷ nell'unità di tempo presa in considerazione (per esempio, nell'anno) come prodotto del valore del rischio medio per il numero medio di scambi n per il numero di relazioni \mathcal{N} , ossia

$$D = \epsilon n \mathcal{N} = \epsilon n \frac{N(N-1)}{2}$$

dove ϵ , n e \mathcal{N} sono funzioni del tempo t , variabile che omettiamo per non appesantire eccessivamente la notazione. È immediato osservare che se il numero di poli, di relazioni e di scambi per relazione cresce nel tempo, anche il disordine del sistema cresce, conseguentemente il danno D è destinato a crescere secondo il seguente tasso di crescita

$$\dot{D} = (\dot{\epsilon} n + \epsilon \dot{n}) \frac{N(N-1)}{2} + \epsilon n \left(N - \frac{1}{2} \right) \dot{N}$$

²⁶ Il rischio medio può essere definito sulla base delle diverse tipologie di rischio associate alle relazioni coinvolte nella descrizione del modello di sistema economico di interesse.

²⁷ Va da sé che il danno D qui menzionato può essere interpretato (e riformulato) in termini di inefficienza associata al disordine presente in un sistema produttivo.

Per avere un danno globale costante occorre agire sul rischio: se il numero n degli scambi cresce, occorre che il rischio associato al singolo scambio diminuisca in proporzione; ovvero, affinché il danno globale D sia *costante*, in virtù del teorema della derivata nulla (caso particolare del teorema del valor medio di Lagrange), deve valere la seguente identità:

$$\dot{D} = (\dot{\epsilon} n + \epsilon \dot{n}) \frac{N(N-1)}{2} + \epsilon n \left(N - \frac{1}{2} \right) \dot{N} = 0$$

da cui, con un po' di algebra, si ottiene il tasso di crescita relativo del rischio

$$\frac{\dot{\epsilon}}{\epsilon} = -\frac{\dot{n}}{n} - \frac{\dot{N}}{N-1} - \frac{\dot{N}}{N}.$$

Considerato un tempo $t = 0$ di riferimento, imporre che D sia costante implica richiedere un andamento di ϵ/ϵ_0 (decescente al crescere del numero N dei poli) dato da:

$$\frac{\epsilon}{\epsilon_0} = \frac{n_0 N_0 (N_0 - 1)}{n N (N - 1)} = \frac{n_0 \mathcal{N}_0}{n \mathcal{N}} \quad (2)$$

nel qual caso il danno risulta $D = \epsilon_0 n_0 N_0$ ovvero esso, come si voleva, è costante.

Ipotizzata una crescita del numero di relazioni \mathcal{N} a tasso costante τ nel tempo t ovvero,

$$\mathcal{N} = \frac{N(N-1)}{2} = \mathcal{N}_0 e^{\tau t} \quad (3)$$

risolvendo la seguente equazione di secondo grado nella variabile \mathcal{N}

$$\frac{N(N-1)}{2} - \mathcal{N}_0 e^{\tau t} = 0$$

si ottiene le legge di crescita del numero di poli nel tempo

$$N = \frac{1 + \sqrt{1 + 8 \mathcal{N}_0 e^{\tau t}}}{2}$$

Ricordando quanto precedentemente detto in merito al volume degli scambi, possiamo esprimere il processo di crescita degli scambi nel tempo tramite la seguente curva logistica:

$$n = n_{\infty} \frac{1 - \left(1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}\right) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} \quad (4)$$

dove η rappresenta il tasso di avvicinamento all'asintoto restituito dal valore di saturazione n_{∞} .

Ora, sostituite le equazioni (3) e (4) in (2), sempre considerando un tempo $t = t_0$ di riferimento, si può formulare esplicitamente l'andamento richiesto al rischio per mantenere costante il danno D

$$\frac{\epsilon}{\epsilon_0} = \frac{n_0 \mathcal{N}_0}{n_{\infty} \frac{1 - \left(1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}\right) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} \mathcal{N}_0 e^{\tau t}} = \frac{n_0}{n_{\infty} \frac{1 - \left(1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}\right) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} e^{\tau t}} \quad (5)$$

e che, come stabilito, risulta essere decrescente rispetto allo scorrere del tempo (è bene ricordare che la dimensione del sistema espressa in termini di numero N di poli cresce nel tempo).

A puro scopo esemplificativo, assumendo che la situazione di partenza comporti due soli nodi cui corrisponde una sola relazione (vale a dire, $\mathcal{N}_0 = 1$ e $n_0 = 2$) mentre il valore dell'asintoto sia 50 volte più grande di n_0 (vale a dire, $n_{\infty} = 2 \cdot 50 = 100$) posto in (5), $\tau = 0.02$ e $\eta = 0.01$, l'andamento del rischio allo scorrere del tempo (in anni) è riportato in Figura 1.

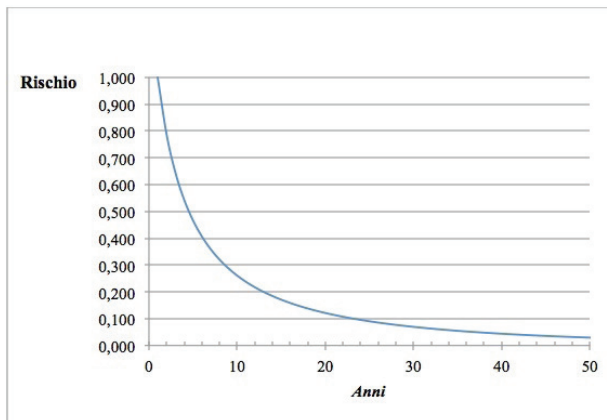


Figura 1: Andamento del rischio compatibile con un danno costante

Va da sé che il danno D qui menzionato può essere interpretato (e riformulato) in termini di inefficienza associata al disordine presente in un sistema produttivo.

È ragionevole pensare che a un dato livello medio di rischio, indicato con ϵ , rimanga associato un costo globale C^{28} . Ridurre il rischio (ovvero migliorare l'efficienza di un processo) al fine di mantenere costante il danno comporta un costo crescente con andamento che diverge asintoticamente al tendere a zero del rischio quando la complessità (disordine) del sistema aumenta a dismisura.

Si può ipotizzare che il costo globale C associato al mantenimento di un danno costante segua, come mostra la Figura 2, un andamento asintotico esponenziale di tipo $C = C_0 e^{\epsilon_0/\epsilon - 1}$ da cui

$$\frac{C}{C_0} = \exp \left\{ \frac{n_{\infty} \frac{1 - (1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} \mathcal{N}_0 e^{\tau t}}{n_0 \mathcal{N}_0} - 1 \right\} = \exp \left\{ \frac{n_{\infty} \frac{1 - (1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} e^{\tau t}}{n_0} - 1 \right\} \quad (6)$$

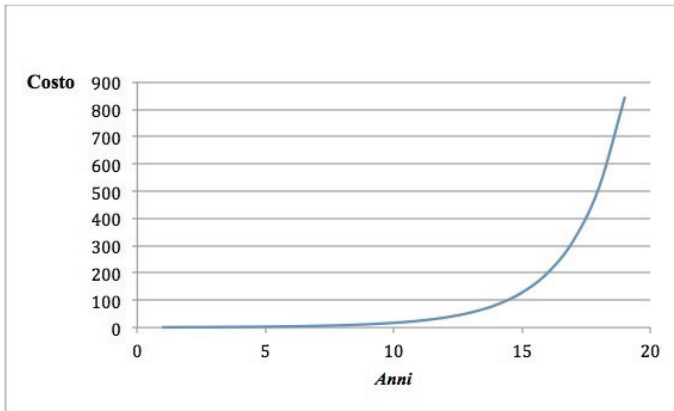


Figura 2: Andamento del costo per la sicurezza a danno costante

È ragionevole anche assumere che il benessere W prodotto dal sistema sia proporzionale al numero totale di scambi $n_{\mathcal{N}} = n \binom{N-1}{2}$, vale a dire,

$$W = \rho(n_{\mathcal{N}}) = \rho \left(n_{\infty} \frac{1 - (1 - 2 \frac{n_0}{n_{\infty}}) e^{-\eta t}}{1 + e^{-\eta t}} \right) \mathcal{N}_0 e^{\tau t}.$$

²⁸ È il caso di osservare che nel costo C vanno compresi tutti i costi e non solo i costi di mercato. Infatti, a livello complessivo, il valore delle eventuali esternalità non può essere trascurato.

Ipotizzato che il costo per mantenere costante il danno sia inizialmente pari all'uno per cento del benessere prodotto (ovvero, $C_0/W_0 = 0.01$), il benessere disponibile definito in termini di differenza tra reddito prodotto e costo della sicurezza, ovvero $W_{Disp} = W - C$, mostra nel tempo un andamento quale quello di Figura 3. Tale andamento evidenzia l'insostenibilità della scelta di mantenere costante il danno globale attraverso una sistematica riduzione del rischio che finisce inevitabilmente per tradursi in un andamento crescente (ed esplosivo) dei costi di sicurezza a detrimento della ricchezza disponibile. Va da sé che tale andamento determina, infine, il tracollo del sistema. L'alternativa consiste nell'accettare uno scenario caratterizzato da un comportamento crescente del rischio e, in ultima analisi, la conseguente instabilità del processo di crescita.

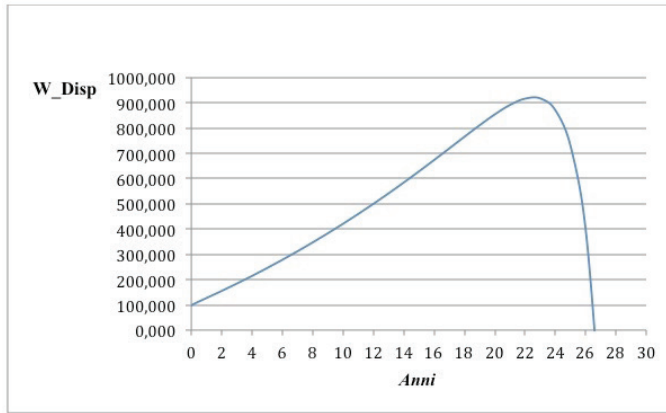


Figura 3: *Andamento del benessere disponibile*

Ovviamente quanto sopra vale in assenza di innovazione di tipo organizzativo e gestionale. Quest'ultimo, per garantire sostenibilità deve assicurare una riduzione dei costi dovuti alla necessità di controllo almeno pari all'aumento dei costi associati al mantenimento della costanza del danno. Ne deriva che lo stesso progresso tecnico, per neutralizzare i costi crescenti di controllo, dovrebbe svilupparsi in maniera esponenziale, circostanza questa che appare difficilmente realizzabile.

Quanto fin qui detto, riferito implicitamente a un contesto in cui si assumeva venisse prodotto un solo bene, può essere esteso al caso in cui i beni prodotti siano due o più.

Ci limiteremo, per il momento, a considerare un contesto produttivo caratterizzato dalla produzione di due soli beni. Per ciascun bene, singolarmente considerato, valgono le osservazioni svolte e le conclusioni raggiunte in merito al

quadro caratterizzato da economie di scala conseguenti alla scomposizione/differenziazione del relativo processo produttivo articolato in nodi (operatori specializzati) e relazioni intercorrenti tra i nodi.

È altresì ragionevole immaginare che il rischio complessivo associato al processo di produzione dei due beni possa essere pensato quale somma delle componenti di rischio relative ai singoli processi di produzione dei due beni e di una componente di rischio congiunto derivante dalla concomitanza dei due processi²⁹. Per semplicità di rappresentazione quest'ultima componente non viene al momento considerata³⁰. Analogamente, il costo C per la sicurezza – mediamente sostenuto per unità di prodotto – risulta essere la somma delle componenti di costo C_1^* e C_2^* relative al mantenere costante il danno complessivo D conseguente all'azione dei rischi ε_1 e ε_2 associati ai distinti processi di produzione dei due beni, ossia

$$C = C_1^* + C_2^* = \sum_{i=1}^2 C_{i0} \exp \left\{ \frac{n_{i\infty} \frac{1 - \left(1 - 2 \frac{n_{i0}}{n_{i\infty}}\right) e^{-\eta_i t}}{1 + e^{-\eta_i t}} e^{\tau_i t}}{n_{i0}} - 1 \right\}.$$

Quest'ultimo, essendo somma di componenti monotone crescenti in relazione allo scorrere del tempo t – ergo delle dimensioni dei due processi produttivi che fino a ora abbiamo ipotizzato crescere in relazione all'aumento nell'impiego di fattori produttivi all'interno dei singoli processi di produzione – mostra a sua volta un andamento monotono crescente. Di conseguenza, anche in questo scenario, a meno dell'implementazione di dosi crescenti di progresso tecnico organizzativo e gestionale, la ricchezza disponibile finisce per ridursi via via in relazione all'aumento del costo complessivo per la sicurezza C , determinando a lungo andare il tracollo poc'anzi menzionato del sistema economico.

Oltre che in seguito all'impiego crescente di fattori produttivi, il volume del sistema economico può crescere anche come conseguenza delle economie di scala e/o delle economie di gamma.

²⁹ Ovviamente ciò vale se i due processi di produzione sono paralleli e quindi, per molte fasi, indipendenti; in caso contrario va da sé che le probabilità di un rischio che assume andamento esponenziale aumentano in maniera consistente.

³⁰ Va osservato, in ogni caso, che con l'aumento del numero complessivo di beni considerati la possibilità di effetti sinergici aumenta proporzionalmente. Per tale motivo, non tener conto di questa componente porta a una sottostima delle conseguenze sui costi di controllo dovuti a un aumento della complessità del sistema.

2.2. Economie di scala

Un incremento del volume dell'economia può essere perseguito non solo attraverso un aumento di una o più unità di uno o più fattori produttivi (poli o nodi che dir si voglia), ma anche tramite un incremento della loro produttività. Quest'ultima si può realizzare attraverso una *specializzazione* dei fattori produttivi medesimi vale a dire, attraverso un diverso modo di organizzare le relazioni e gli scambi che corrono tra i medesimi fattori produttivi e all'interno degli stessi dentro il processo produttivo. Specializzazione che si traduce nella creazione di economie di scala e che comporta una crescita nel volume dell'economia più che proporzionale alla crescita dei volumi dei fattori produttivi coinvolti nel processo di produzione.

Già Adam Smith aveva osservato che le economie di scala sono strettamente collegate con la necessità di *specializzazione* dei fattori produttivi; infatti, scrive testualmente «La causa principale del progresso nella capacità produttiva del lavoro, nonché della maggior parte dell'arte, destrezza e intelligenza con cui il lavoro viene svolto e diretto, sembra sia stata la divisione del lavoro» (ne *La ricchezza delle nazioni* - vol. I, 66). La specializzazione delle fasi in cui può essere articolato il processo produttivo, anche operando all'interno delle modalità di gestione del singolo fattore produttivo, sta alla base dell'omogeneità (uniformità) delle produzioni che caratterizza le economie di scala e, a sua volta, alla conseguente necessità di aumento delle dimensioni di mercato.

Ora, indicata con A la costante tecnologica e in presenza di N fattori di produzione (o poli) x_1, x_2, \dots, x_N l'output Y del processo produttivo può essere espresso nella seguente maniera

$$Y = A \sum_{i=1}^N x_i^{\alpha_i}$$

Inoltre, si avranno economie di scala se con A e $\alpha_i = 1, 2, \dots, N$ costanti

$$\sum_{i=1}^N \alpha_i > 1$$

Tuttavia, la *specializzazione* dei fattori produttivi comporta il *frazionamento* del processo di produzione in capo a un fattore produttivo in un numero crescente di operazioni specifiche; il che equivale ad avere un numero via via crescente di fattori produttivi *specializzati* (vale a dire un incremento nel valore di N dei

nodi coinvolti) tra loro interconnessi. Tale circostanza porta a sistemi di produzione sempre più complessi e articolati e, conseguentemente, *disordinati* nel senso entropico del termine. In altre parole, è proprio questo incremento del disordine a seguito del processo di frazionamento necessario onde avere economie di scala in grado di garantire un incremento di efficienza e quindi di produttività, a costituire un limite per le stesse.

Da un diverso punto di vista si può supporre che in un sistema economico l'aumento della complessità che potremo misurare in termini di numero di poli N_{ES} , dove il suffisso *ES* richiama il contesto di economie di scala seguito di specializzazione, comporta incrementi più che proporzionali del volume dell'economia (PIL) e, in conseguenza di ciò, crescita della resistenza del sistema. Questo, dal momento che, a parità di potenza dello shock esogeno, la possibilità di non deviare dal sentiero di sviluppo sarà inversamente proporzionale alla dimensione del sistema. Va da sé che, a fronte della presenza di limiti, il sistema non può crescere all'infinito. Questo, anche tenuto conto dell'andamento crescente del costo C_{ES} per la sicurezza necessario a garantire un andamento decrescente del rischio ε_{ES} al fine di mantenere costante il danno D_{ES} secondo quanto visto nel paragrafo precedente. In altri termini, anche in questo scenario la ricchezza disponibile finisce per ridursi via via, e in maniera più marcata che in assenza di economie di scala, determinando a lungo andare il tracollo poc'anzi menzionato del sistema economico³¹.

L'utilizzo delle economie di scala presenta, pertanto, un limite interno al suo dispiegamento complessivo; e il risultato è destinato ad accentuarsi passando a un sistema a molti settori caratterizzati, in tutto o in parte, dalla presenza di economie di scala. In altri termini, si può osservare che all'aumento della resistenza verso shock esogeni che l'incremento delle dimensioni comporta, fa da contrappunto un eccesso di rigidità interna che comporta perdita di efficienza (e di resilienza).

L'interazione sinergica tra fattori di rischio si verifica quando, in presenza di esposizione simultanea a due o più agenti potenzialmente dannosi, gli effetti non sono semplicemente la somma di quelli dovuti a ciascun fattore di rischio.

2.3. *Economie di gamma*

Per contrastare il crollo di efficienza complessiva che si è avuto a seguito dell'aumento della complessità³² del sistema produttivo conseguente alla ricerca di economie di scala, con $C_{ES} > C$, si può pensare di incorporare un certo grado

³¹ In conseguenza dell'aumento più che proporzionale della specializzazione, e quindi del frazionamento del processo produttivo, che le stesse economie di scala comportano.

³² complessità destinata a tradursi in un aumento del costo della sicurezza, vale a dire con $C_{ES} > C$.

di multifunzionalità a livello dei singoli poli, realizzando quelle che vanno sotto il nome di *economie di gamma* o *di scopo*.

Con il termine economie di gamma s'intende il grado di beneficio (in termini di riduzione di costi totali) che l'azienda può ottenere se produce due (o più) determinati beni insieme anziché separatamente. Se il costo di produzione è indifferente in entrambi i casi si dice che le economie di gamma sono costanti, mentre se conviene produrre i diversi beni separatamente si dice che ci sono diseconomie di gamma o vi sono rendimenti di gamma decrescenti. Per contro, nei casi in cui conviene produrre i medesimi beni insieme, vi sono rendimenti di gamma crescenti.

Le economie di gamma trovano la loro giustificazione economica nella possibilità di realizzare, nella medesima unità produttiva, beni diversi ottenuti dalle stesse materie prime e semilavorate ovvero con gli stessi processi intermedi. Tra i fattori che assumono un peso rilevante nella determinazione delle economie di gamma vi è l'impiego di fattori di produzione comuni in particolare quando si ha produzione congiunta. In altri termini, utilizzando le economie di gamma, il processo produttivo si ricompatta riducendo il numero di operazioni specifiche il che equivale a una riduzione dei fattori produttivi specializzati e, in ultima analisi, a una riduzione del numero delle interconnessioni fra i fattori stessi.

In termini più formali, indicate con Y_1 e Y_2 rispettivamente le quantità del bene 1 e del bene 2 prodotte da due imprese specializzate, e indicati con $C(Y_1, 0)$ e $C(0, Y_2)$ i costi medi di produzione all'interno dell'impresa specializzata nella produzione del bene 1 o del bene 2 e infine con $C(Y_1, Y_2)$ il costo medio di produzione delle medesime quantità Y_1 e Y_2 dei beni 1 e 2 prodotte all'interno di un'unica impresa "multifunzionale", si hanno economie di gamma quando, relativamente al costo medio totale C , vale la seguente relazione:

$$C(Y_1, Y_2) < C(Y_1, 0) + C(0, Y_2),$$

ovvero,

$$\frac{C(Y_1, 0) + C(0, Y_2)}{C(Y_1, Y_2)} > 1.$$

Nelle economie di gamma si avranno fattori produttivi de-specializzati e di conseguenza, a parità di volume dell'economia, il numero di poli N_{EG} (con il suf-

fisso NG a indicare il contesto di economie di gamma) sarà più ridotto che nel caso di economie di scala; più semplicemente, $N_{EG} < N_{ES}$.

La differenza nel numero di poli sarà dovuta alla circostanza che le economie di gamma sono caratterizzate da multifunzionalità sicché $N_{EG} = N - G < N_{ES}$ intendendo con il termine G il numero di fattori multifunzionali coinvolti nel processo di produzione. Di conseguenza, in virtù di (1), il numero totale di relazioni (potenziali) tra gli N_{EG} poli nell'ambito di un'economia di gamma è restituito da

$$\mathcal{N}_{EG} = \frac{N_{EG} (N_{EG} - 1)}{2} = \frac{(N - G) [(N - G) - 1]}{2}$$

mentre il numero di configurazioni equivalenti della rete a N_{EG} poli è dato da $v_{EG} = N_{EG}!$. Ciò si traduce, a parità di volume dell'economia, in un minor grado di disordine del sistema nel suo complesso rispetto a quello precedentemente visto per il caso di economie di scala, proprio in virtù del fatto che $N_{EG} < N < N_{ES}$ per cui $S_{EG} < S < S_{ES}$ (dove si è indicato con $S_{EG} = k_B \ln(N_{EG})$ l'entropia di Boltzman nel caso di economie di gamma) e, di conseguenza, un più ridotto incremento relativo del disordine del sistema a N_{EG}^* nodi.

Coerentemente, la decrescenza dell'andamento del rischio ε , richiesta proprio per mantenere costante il danno totale nell'unità di tempo, è qui più mitigata rispetto a quanto richiesto in presenza di economie di scala

$$D_{EG} = \varepsilon_{EG} n_{EG} \mathcal{N}_{EG} = \varepsilon_{EG} n_{EG} \frac{N_{EG} (N_{EG} - 1)}{2} < D < D_{ES}$$

mitigazione peraltro ulteriormente rafforzata sia dalla presenza di un minor numero di poli N_{EG} che dal minor numero di scambi n_{EG} che caratterizza le economie di gamma. Ciò si traduce in un minore tasso di crescita del costo globale C_{EG} richiesto per mantenere un danno D_{EG} costante nel tempo e, per converso, in un minor assorbimento della ricchezza disponibile.

Tale circostanza equivale ad affermare che le economie di gamma presuppongono una riduzione del costo medio per unità di prodotto per un dato livello di produzione ottenuto in relazione a un particolare mix di prodotti diversi.

2.4. Sostenibilità

Supponiamo di essere in presenza di un sistema economico in cui sono compresenti sia economie di scala sia economie di gamma, assente il progresso tecnico organizzativo e gestionale, e che l'incremento nel volume complessivo dell'economia (ΔY) possa essere così scomposto

$$\Delta Y = \Delta Y_{ES} + \Delta Y_{EG}$$

dove $\Delta Y_{ES}/\Delta Y$ rappresenta la quota di incremento in Y riconducibile all'azione delle economie di scala mentre $\Delta Y_{EG}/\Delta Y$ quella riconducibile alle economie di gamma.

A fronte di un aumento del volume dell'economia, per quanto visto in precedenza, vi sarà un aumento del costo complessivo C di produzione³³ che possiamo pensare suddiviso in tre componenti: il costo base \bar{C} (che possiamo ritenere costante), il costo dei fattori produttivi, C_1 e il costo per la sicurezza, C_2 .

Formalizzando, in presenza di economie di scala e di economie di gamma, avremo per unità di prodotto

$$C = \bar{C} + C_1 + C_2 = (C_{1,ES} + C_{1,EG}) + (C_{2,ES} + C_{2,EG})$$

dove $C_{1,ES}$ e $C_{2,ES}$ sono i costi per fattori produttivi e per sicurezza associati alle economie di scala e mentre $C_{1,EG}$ e $C_{2,EG}$ rappresentano le analoghe componenti di costo associate però alle economie di gamma.

Nell'ambito di economie di scala, un aumento di volume dell'economia riconducibile a un'intensificazione della specializzazione dei fattori coinvolti nel processo produttivo comporta una diminuzione della componente di costo $C_{1,ES}$ per unità di prodotto a essa associata e una crescita della componente di costo di sicurezza $C_{2,ES}$ in virtù della maggior complessità del sistema indotta da un incremento di specializzazione dei medesimi. Formalizzando, e con economie di gamma costanti, allora si avrà, per unità di prodotto,

$$C = \bar{C} + C_{EG} + (C_{2,ES} - C_{1,ES})$$

Nell'ambito di economie di gamma, un aumento di volume dell'economia (riconducibile a un'intensificazione della multifunzionalità dei medesimi fatto-

³³ È il caso di osservare che nel costo C vanno compresi tutti i costi e non solo i costi di mercato. Infatti, a livello complessivo, il valore delle eventuali esternalità non può essere trascurato.

ri produttivi) comporta – per unità di prodotto – una diminuzione della componente di costo $C_{1,EG}$ a essi riconducibile (sebbene quest'ultima risulti con tutta probabilità meno marcata della riduzione in $C_{1,ES}$) e una diminuzione della componente di costo relativa alla sicurezza $C_{2,EG}$ – sempre per unità di prodotto – in virtù della minor complessità del sistema che segue a un ulteriore rafforzamento della multifunzionalità dei fattori stessi.

L'aumento del costo complessivo C per unità di prodotto che segue un incremento del volume complessivo dell'economia risulta pertanto determinato dall'andamento della componente $C_2 = (C_{2,ES} + C_{2,EG})$ del costo complessivo C dovuta ai costi di sicurezza da sostenere per mantenere il danno D costante e per garantire, in ultima istanza, la sostenibilità del processo di crescita dell'economia. La presenza di economie di gamma e il conseguente andamento decrescente della componente $C_{2,EG}$, riconducibile alla multifunzionalità dei fattori produttivi che controlla l'incremento di complessità del sistema, finisce con il compensare (o quantomeno rallentare) la dinamica di crescita della componente $C_{2,ES}$ e della componente C_2 , nel complesso.

In altri termini, utilizzando la simbologia fino a ora utilizzata, in un'economia statica si avrà sostenibilità se, in presenza di un aumento dei volumi, il costo per unità di prodotto (ovviamente comprensivo delle eventuali esternalità) non aumenta (o si riduce). Se, infatti, il costo per unità di prodotto aumentasse, il solo aumento del danno associato al rischio finirebbe per portare il sistema al collasso come precedentemente già evidenziato.

In un'economia statica la sostenibilità richiede dunque che $(C_1 - C_2) < 0$ quindi $C_2 > C_1$. In un'economia che invece cresca con volumi che al tempo risultano superiori a quelli presenti al tempo $t = 0$ si avrà un percorso di sostenibilità se definiti $R_0 = (C_{10} - C_{20})$ e $R_1 = (C_{11} - C_{21})$ rispettivamente al tempo $t = 0$ e al tempo $t = 1$, si avrà $R_1 \geq R_0$.

Per ottenere tale risultato, al netto dell'eventuale contributo del progresso tecnico di natura organizzativa e gestionale, si dovrà avere una crescita basata su un'opportuna combinazione di economie di scala e di economie di gamma. Più precisamente, si dovrà avere una combinazione tra le stesse tale che

$$\Delta C_{1,ES} + \Delta C_{1,EG} - \Delta C_{2,ES} - \Delta C_{2,EG} \leq 0.$$

Da un diverso punto di vista la necessità di non aumentare il danno derivante da un incremento nel rischio conseguente all'aumento delle dimensioni impone, in un'ottica di sostenibilità, dei limiti all'aumento dei volumi e al ricorso alle economie di scala. Più precisamente, in un'ottica di sostenibilità, l'economia potrà crescere fino a quando $C_2 = C_1$.

3. *Un esempio illustrativo*

Un caso di possibile applicazione delle conseguenze dell'aumento della complessità del sistema con riferimento al modello dianzi illustrato è dato dall'organizzazione e dal funzionamento della Pubblica Amministrazione (PA), in particolare riferendosi al Comune.

Nell'ordinamento italiano, la PA può essere considerata sia dal punto di vista oggettivo sia dal punto di vista soggettivo. Dal punto di vista oggettivo la PA «cura in concreto degli interessi generali della comunità» (Cerulli Irelli, 1994), 23). Sotto il profilo soggettivo la PA è «il complesso dell'organizzazione pubblica, in quanto apparato organizzativo preposto all'esercizio dell'azione amministrativa» (Cerulli Irelli, 1994), 26).

Da un diverso punto di vista la PA può essere considerata come un insieme di unità produttive ognuna delle quali persegue determinati obiettivi. Obiettivi che devono collocarsi entro un campo d'azione definito dalla legislazione esistente³⁴. Quest'ultima attribuisce determinati compiti a uno specifico ente. A loro volta i poteri attribuiti agli enti sono distribuiti tra i diversi organi di governo dei medesimi ognuno dei quali assume così una specifica competenza. In altri termini si può affermare che «le attribuzioni di un ente risultano dalla somma delle competenze dei suoi organi» (Corso, 2010, 9). L'organizzazione dell'ente comprende accanto agli organi di governo anche una serie di uffici (apparato amministrativo). Questi ultimi costituiscono delle «strutture alle quali sono addette persone cui non sono assegnate competenze ma compiti» (Corso, 2010, 13). L'attività dell'organo politico è quindi resa possibile da un insieme di uffici che permettono alla macchina amministrativa di funzionare³⁵.

Nell'attività quotidiana la distinzione delle competenze tra i diversi organi di governo e la stessa suddivisione tra competenze e compiti è molto meno chiara di quanto sarebbe auspicabile.

Frequentemente vi sono sovrapposizioni, duplicazioni di compiti, scarsa chiarezza nei ruoli e via di questo passo. I frequenti ricorsi alla giustizia per dirimere controversie che, dall'esterno, possono apparire come relative a fatti poco rilevanti, ne sono almeno in parte la conseguenza. Ad ogni buon conto, in base ai principi che informano l'operato della PA, delle attività e procedure svolte deve rimanere, comunque, traccia al fine di poter verificare ex-post la rispondenza delle scelte concrete ai dettami normativi. In conseguenza le procedure decisionali risultano facilmente verificabili essendo deducibili dagli atti relativi alle stesse.

³⁴ Infatti accanto alle attribuzioni, vale a dire un insieme di poteri amministrativi, che la normativa di diritto pubblico indica per ciascun ente, lo stesso può operare anche in una logica di diritto privato (Corso, 2010).

³⁵ «... i poteri sono attribuiti agli enti - e parliamo allora di attribuzione» (Corso, 2010, 9).

3.1. *Evoluzione dell'organizzazione nella Pubblica Amministrazione*

Nel corso del tempo si è andati verso un accentramento dei poteri nei diversi organi di governo³⁶, mentre si sono moltiplicate procedure e controlli a livello di apparato amministrativo. Al tempo stesso i diversi uffici si sono specializzati così che i compiti che ognuno dei medesimi svolge sono divenuti via via più specifici. In conseguenza il numero delle ripartizioni interne dell'apparato amministrativo è andato aumentando e i rapporti tra i diversi uffici e tra questi e gli organi di governo sono via via divenuti più complessi³⁷ e difficili.

Nel corso del tempo, richiamando i concetti esposti nella prima parte, si può affermare che si è passati da una situazione in cui erano presenti multifunzionalità ed economie di scopo ad una situazione in cui ci sono specializzazione ed economie di scala.

Si aveva, per esempio, multifunzionalità quando l'organo di governo deteneva al tempo stesso competenze e compiti gestionali, i diversi uffici svolgevano molteplici compiti. Ovviamente tale commistione comporta, tra le altre cose, una più ampia discrezionalità nelle scelte. Proprio per ridurre la discrezionalità si è intrapresa, da un lato, la strada di separare nettamente le funzioni di indirizzo e quelle gestionali passando così da multifunzionalità a specializzazione e dall'altro, la costruzione di percorsi "obbligati" attraverso i quali il processo decisionale deve passare. Si ha ancora multifunzionalità quando in un'unica persona si concentrano i compiti di fornire assistenza all'organo politico, gestire il bilancio, garantire la regolarità dell'iter decisionale. Si ha specializzazione quando ognuno di questi compiti viene affidato a figure e/o uffici diversi.

Vengono, inoltre, ad innescarsi, nel corso del tempo meccanismi perversi per cui la crescente specializzazione dei diversi uffici porta ad aumenti nelle dimensioni dell'apparato amministrativo. Circostanza quest'ultima che richiede ulteriori specializzazioni e, conseguente richiesta di ulteriori aumenti dimensionali e via di questo passo. Infine, un'ulteriore spinta all'aumento della specializzazione è data dall'idea che la normativa possa e debba prevedere tutti i casi possibili³⁸.

³⁶ Così, ad esempio, nel caso del Comune sono aumentati i poteri del Sindaco e si sono ridotti quelli del Consiglio Comunale.

³⁷ Del resto l'aumento della complessità del "sistema" comune potrebbe anche essere vista come la conseguenza inevitabile della cosiddetta *legge di Ashley* (1956) che richiede che all'aumentare della complessità dell'ambiente esterno aumenti proporzionalmente anche la complessità dell'organizzazione. Sul tema si vedano tra i molti (Cimini, 2016); (Carridà, 2016); (Scocca, 2014); (Sorace, 2014); (Bottino, 2018); (Franchini, 2003).

³⁸ Va da sé che tale visione del mondo molto diffusa tra i "produttori" di norme, sembra ignorare che l'ambiente è sempre notevolmente più complesso del sistema stesso Luhmann (1990), 311. Per questo nel momento in cui si pone un problema nuovo viene integrata la normativa con ulteriori specificazioni. Queste ultime, nella maggior parte dei casi generano ulteriori problematiche nella necessità di applicare le stesse a situazioni lievemente diverse. Si procede allora ad ulteriori specificazioni costruendo un ginepraio di norme frequentemente incoerenti fra loro che risultano di difficile applicazione.

Nell'esperienza quotidiana il compito dell'ufficio conta così sempre meno e sempre più diventa importante la procedura e il rispetto della medesima. Questo anche perché rispettando la procedura “non ci si assume responsabilità” e quindi non si corrono rischi.

3.2. *Un caso di studio*

Al fine di verificare il modello illustrato nelle pagine precedenti, si è preso in considerazione una delle unità della PA più semplici e che meno ha subito modifiche nel corso del tempo: il Comune. Relativamente all'aumento delle dimensioni economiche del medesimo si è preso come *proxy* il valore della spesa³⁹ (al netto delle partite di giro e del rimborso dei prestiti).

Tale informazione è stata inizialmente confrontata con il numero complessivo di delibere e di *determine* (intendendosi *decisioni assunte da dirigenti e funzionari*⁴⁰), assunte negli anni considerati, dal Comune di Vallarsa⁴¹. All'inizio del 1900 (ai tempi dell'impero austro-ungarico) le decisioni venivano prese da un organismo unico, somma dell'attuale giunta e consiglio comunale. Successivamente giunta e consiglio hanno assunto due fisionomie ben distinte. Inizialmente i poteri del consiglio comunale erano molto ampi; in seguito si sono ridotti in conseguenza del fatto che un numero crescente di competenze è stato via via attribuito alla giunta comunale. In tempi più recenti, anche gli interventi diretti della giunta comunale si sono ridotti a favore delle *determine* assunte da dirigenti o funzionari di grado elevato. Dal punto di vista giuridico-gestionale, delibere di giunta, delibere di consiglio e *determine* sono molto diverse tra loro; per contro, da un punto di vista sostanziale – in termini di decisioni di spesa – tali atti sono in vari casi molto simili. Questo almeno negli enti di dimensioni minori. Ancora, decisioni in un certo periodo formalizzate con delibere vengono, in altri periodi, effettuate con *determi-*

³⁹ Tale valore – costituito dalle spese in parte corrente e delle spese in conto capitale – rappresenta una buona approssimazione del volume dell'attività svolta. Allo stesso tempo, però, l'indicatore presenta due elementi di debolezza. Il primo è relativo al riferimento temporale: i pagamenti possono essere riferiti ad azioni effettuate negli anni precedenti a quello corrente. Nonostante questo, si può tuttavia ritenere che, in una qualche misura, le discrasie temporali si compensino dal momento che pur essendo vero che alcuni pagamenti si riferiscono ad anni precedenti, vi saranno anche azioni dell'anno corrente per le quali il pagamento avverrà negli anni successivi. Il secondo si riferisce al fatto che la valutazione delle spese per investimenti risente di fluttuazioni annuali. A volte, tali fluttuazioni possono essere molto forti sebbene le incongruenze introdotte da tale circostanza risultino, tuttavia, attenuate dall'essere obiettivo del presente lavoro quello di identificare una tendenza di fondo piuttosto che la variazione puntuale.

⁴⁰ Le *determine* danno attuazione a indirizzi assunti dalla giunta comunale. Nella realtà non sempre è facile distinguere gli ambiti di intervento tra giunta e funzionari per cui argomenti analoghi in enti diversi, ma a volte anche nello stesso ente, possono – a seconda delle circostanze – prendere la forma di delibera o *determina*.

⁴¹ Comune che contava circa 5.000 abitanti all'inizio del 1900 ed attualmente (2017) conta circa 1400 abitanti; l'ente in questione nel 2017 contava circa 15 dipendenti ed è basato su una struttura organizzativa relativamente semplice.

ne. Per tali motivi, coerentemente con i fini qui perseguiti, si è ritenuto opportuno considerare insieme delibere e determine.

L'evoluzione della spesa potenziale per ciascun atto gestionale, vale a dire spesa complessiva per atto (delibera di Giunta (G), delibera di Consiglio (C) e determina (D)), può essere considerata una *proxy* dell'efficacia dell'atto gestionale medesimo. Come mostra la tabella che segue, relativa all'ammontare medio di spesa per singolo atto, al di là delle variazioni annuali, nei diversi periodi l'efficienza aumenta. Più specificatamente, aumenta in maniera consistente l'efficacia del consiglio comunale. Questo anche in conseguenza delle modifiche nella tipologia degli atti di competenza del consiglio comunale medesimo. Per contro, tenuto conto dell'insieme degli organi amministrativi, l'efficacia complessiva aumenta meno.

Tabella 1: *Evoluzione efficienza atti amministrativi - Comune di Vallarsa*

Periodo	Pagamenti a valori costanti (euro 2016) (<i>media annua</i>)	Delibere del Consiglio (<i>media annua</i>)	Delibere di Giunta (<i>media annua</i>)	Determine (<i>media annua</i>)	Totale atti gestionali per anno	Spesa media per atto e per anno
Ante 1910	309692.3	87.00	0.00	0.00	87.00	3559.68
1950-1999	1080814.4	103.50	122.25	0.00	225.75	4787.66
2000-2010	3891832.1	61.36	241.17	392.18	594.82	6542.89
Post 2010	3389554.3	51.67	491.33	44.50	587.50	5905.89

Fonte: elaborazione su dati e informazioni dall'archivio comunale di Vallarsa

A risultati analoghi si arriva analizzando i dati per la Comunità della Vallagarina, ente territoriale sovracomunale che svolge, almeno in parte attività simili a quelle dei Comuni collaborando su alcuni temi con i medesimi e che conta attualmente circa 98 dipendenti. L'arco temporale, in questo caso diverso dal precedente, risente della data di prima costituzione dell'ente stesso.

Tabella 2: *Evoluzione efficienza atti amministrativi - Comunità della Vallagarina*

Periodo	Pagamenti a valori costanti (euro 2016) (<i>media annua</i>)	Delibere del Consiglio (<i>media annua</i>)	Delibere di Giunta (<i>media annua</i>)	Determine (<i>media annua</i>)	Totale atti gestionali per anno	Spesa media per atto e per anno
1975-1999	11471794.98	57.76	1586.33	0.00	1644.00	6977.98
2000-2010	36020938.01	14.00	2010.00	2106.00	3077.00	11708.51
Post 2010	39093758.84	9.00	515.00	1768.00	2292.00	17056.6

Fonte: elaborazione su dati e informazioni dall'archivio della Comunità della Vallagarina

3.3. *La crescente complessità degli atti gestionali*

Relativamente alla misura della complessità ci si è concentrati su una singola attività. In particolare tra tutte le attività svolte dal Comune si è prestata attenzione a una delle più semplici vale a dire l'erogazione di un contributo ad un'associazione⁴². Per misurare le interconnessioni tra i diversi elementi del sistema PA si sono valutati sia i richiami ad altre norme (leggi o normative subordinate) sia la eventuale richiesta di pareri ai diversi uffici che l'atto considerato contiene. Per misurare la complessità degli atti alla base dell'erogazione del contributo si è preso in considerazione il numero di caratteri (spazi compresi) che costituisce l'atto considerato. Nel valutare il numero di caratteri considerati si è altresì tenuto conto di quelli che costituiscono i singoli provvedimenti richiamati (per esempio, articolo di legge, legge, delibera, ecc.) nell'atto medesimo⁴³. Questo in quanto si è cercato di adattare al caso di studio il principio generale per cui «la complessità effettiva di una componente è data dalla lunghezza della sua descrizione dettagliata maggiormente compressa» (Shiner et al., 1999, 1459).

Al fine di testare l'ipotesi che con l'aumento della dimensione aumenti la complessità dei provvedimenti proprio in conseguenza della necessità, precedentemente evidenziata, di aumentare numero e tenore dei controlli, si sono considerate (per un periodo più breve) anche le informazioni provenienti dal Comprensorio della Vallagarina (dal 2002 Comunità della Vallagarina) e del Comune di Rovereto⁴⁴. Al fine di consentire un ulteriore ampliamento dell'analisi, per il Comune di Vallarsa si è inoltre proceduto a verificare l'evoluzione della complessità per atti più articolati e complessi quali quelli relativi all'affidamento di lavori pubblici (nello specifico, interventi di manutenzione straordinaria per le strade comunali).

Per il Comune di Vallarsa si sono esaminati atti relativi all'inizio del 1900 e successivamente atti del periodo 1950-2015. Per la Comunità della Vallagarina si sono esaminati atti del periodo 1970-2014. Per il Comune di Rovereto si sono esaminati atti dell'anno 2014.

⁴² Ovviamente le associazioni destinatarie del contributo, e la forma giuridica assunta dalle stesse, sono cambiate nel corso del tempo.

⁴³ Tale criterio molto semplice non intende sottovalutare altri importanti criteri utilizzati in campo organizzativo e dei quali si può trovare un esauriente rassegna in De Toni e De Zan (2015). Si intende tuttavia sottolineare che quello proposto sia un indicatore semplice – ma non semplicistico – che consente in prima approssimazione, nel caso di un ente pubblico, di definire in maniera adeguata la crescente complessità organizzativa del medesimo.

⁴⁴ Il Comune di Rovereto all'inizio del 1900 contava circa 7.000 abitanti; oggi ne conta circa 40.000 e nel 2017 occupava circa 500 dipendenti.

L'analisi preliminare ha consentito di evidenziare che:

- a) per ciascun anno considerato, il numero di richiami e di caratteri per atti aventi la medesima finalità è sostanzialmente il medesimo. Esiste, per ciascun ente e per ciascun periodo storico, una sorta di prototipo di atto che viene replicato per tutti gli atti che hanno il medesimo obiettivo;
- b) nel periodo considerato è possibile enucleare, in prima approssimazione, quattro sotto-periodi che si caratterizzano per una crescente specializzazione; i 4 sotto-periodi considerati sono così definiti: Ante 1910, 1950-1999, 2000-2010, Post 2010.

Passando da un sotto-periodo al successivo, all'interno del medesimo ente, si rilevano via via più entità che devono dare il loro parere sull'atto stesso (per esempio, parere di regolarità amministrativa, contabile, ecc.) e un numero crescente di richiami a norme sovraordinate. Inoltre, richiami e pareri aumentano al crescere delle dimensioni dell'ente come mostra la Tabella 3.

Tabella 3: *Evoluzione nel tempo e tra diversi enti nel numero di richiami ad altri atti e pareri citati in un atto amministrativo volto dare un contributo a un'associazione*

Periodo	Comune di Vallarsa	Comunità della Vallagarina	Comune di Rovereto
Ante 1910	0.0	-	-
1950-1999	0.6	1.3	-
2000-2010	6.3	6.5	-
Post 2010	6.0	9.0	19.0

Fonte: informazioni da archivio e sito internet dei diversi enti

Passando da un sotto-periodo a quello successivo aumenta il numero di caratteri per ciascun atto. Al tempo stesso il numero di caratteri aumenta passando dall'Ente più piccolo a quello più grande. Si veda in proposito la seguente Tabella 4.

Tabella 4: *Evoluzione nel tempo e tra diversi enti nel numero di caratteri (spazi compresi) in un atto amministrativo volto dare un contributo a un'associazione*

Periodo	Comune di Vallarsa	Comunità della Vallagarina	Comune di Rovereto
Ante 1910	171.0	-	-
1950-1999	1018.0	1577,7	-
2000-2010	4688.0	4781.5	-
Post 2010	5644.5	7830.0	49206.0

Fonte: informazioni da archivio e sito internet dei diversi enti

È altresì interessante osservare che, come si evince dall'analisi della matrice di correlazione di seguito riportata, il numero di caratteri di cui è composto l'atto di assegnazione del contributo presenta correlazione significativa con il numero di richiami. Per contro, non vi è correlazione significativa tra numero di caratteri e importo del contributo assegnato.

Tabella 5: Matrice dei coefficienti di correlazione tra le diverse variabili considerate nella descrizione di un atto amministrativo volto dare un contributo a un'associazione

	Richiami	Importo	Caratteri
Richiami	1.00	0.045	0.874
Importo		1.00	-0.02
Caratteri			1.00

Fonte: informazioni da archivio e sito internet dei diversi enti

Laddove escludiamo i dati relativi al Comune di Rovereto, sospettati di essere osservazioni quantomeno influenti e in grado di distorcere il valore della correlazione tra le tre coppie di variabili considerate, la correlazione tra Richiami e Importo così come tra Importo e Caratteri rimane ancora trascurabile mentre la correlazione tra Richiami e Caratteri sale ulteriormente a 0.923⁴⁵.

Considerando i dati relativi al Comune di Vallarsa e alla Comunità della Vallagarina per l'intero periodo considerato, è possibile evidenziare una relazione tra numero di caratteri (*proxy* del costo per la sicurezza a danno costante) e trascorrere del tempo che ben si presta a essere modellata ricorrendo a un'interpolante esponenziale. Quest'ultima, stimata sui dati a disposizione, è insieme con i medesimi, riportata nel grafico che segue ($R^2 = 0,8534$):

⁴⁵ Un'analisi dell'evoluzione della complessità degli atti gestionali meno immediati quali quelli relativi ai lavori pubblici è resa difficile dall'assenza di interventi simili ripetuti nei diversi periodi considerati. Alcune evidenze portano, tuttavia, a ritenere che in determinati settori di intervento la complessità degli atti sia aumentata più che in altri. Così, per esempio, se si considera l'affidamento di lavori pubblici quali la manutenzione straordinaria di strade comunali, la complessità degli atti decisionali relativi ai medesimi aumenta in maniera più decisa che nel caso di elargizione del contributo a un'associazione.

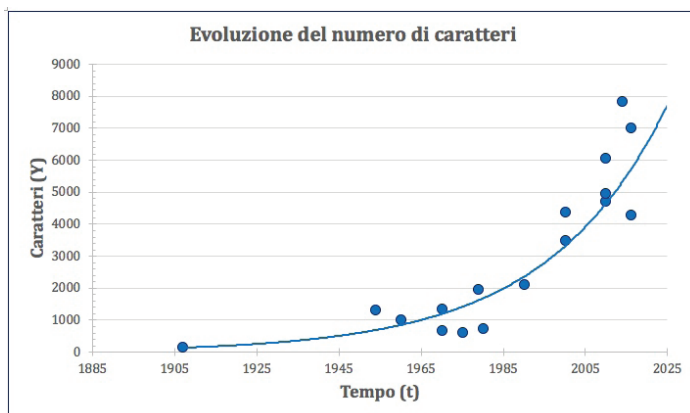


Figura 4: Evoluzione del numero di caratteri per atto gestionale

Infine, considerando le informazioni di base sopra richiamate è possibile cercare di definire l'efficienza interna dell'atto misurata come rapporto tra importo erogato e il numero di caratteri componenti l'atto stesso.

In tale logica supponendo, con una certa approssimazione, che il numero di caratteri degli atti gestionali considerati sia rappresentativo di tutti gli atti gestionali del periodo considerato è possibile definire, come *proxy* dell'efficienza interna del processo decisionale, l'ammontare della spesa complessiva per carattere. I risultati sono riportati nella tabella che segue.

Tabella 6: Evoluzione nel tempo e tra diversi enti della spesa media complessiva per ciascun carattere degli atti amministrativi considerati

Periodo	Comune di Vallarsa	Comunità della Vallagarina
Ante 1910	20.82	-
1950-1999	4.70	13.71
2000-2010	1.42	2.51
Post 2010	1.02	2.18

Fonte: informazioni da archivio e sito internet dei diversi enti

L'analisi dei dati contenuti nelle tabelle sopra riportate permette di osservare che:

- a) la spesa media per atto (vedi Tabella 1) aumenta nel corso del tempo ed è significativamente più elevata nell'ente di dimensioni maggiori, trovando così conferma l'ipotesi che con il crescere delle dimensioni cresca l'efficienza anche in conseguenza di una maggiore disponibilità di risorse;
- b) l'ammontare erogato per carattere dell'atto varia in maniera significativa nel corso del tempo e presenta differenze abbastanza pronunciate tra di due enti considerati;
- c) trova conferma anche l'ipotesi che l'aumento di efficienza conseguente all'aumento delle dimensioni finisca per essere eroso dall'aumento della complessità.

3.4. *I costi degli atti gestionali*

Va da sé che a una crescente complessità degli atti amministrativi si accompagni un aumento dei costi per la preparazione e l'approvazione dell'atto. In sintesi, i diversi costi che la predisposizione e l'approvazione di un atto gestionale comporta, possono essere identificabili nelle seguenti voci:

- a) predisposizione dell'atto;
- b) acquisizione, ove richiesta, di pareri;
- c) approvazione da parte dell'organo competente.

Dal momento che le modalità di predisposizione di un atto gestionale sono profondamente mutate nel tempo (dalla scrittura a mano all'utilizzo del computer) risulta difficile ricostruire il costo di produzione dell'atto gestionale medesimo. Tuttavia, vi è un'operazione che non dovrebbe aver subito variazioni significative nel tempo: la lettura della delibera medesima. La velocità di lettura di un testo non sembra aver subito, infatti, incrementi significativi nel corso del tempo (anche in presenza di progresso tecnologico). È pur vero che quando nel testo vi sono richiami e rimandi la lettura diventa più faticosa ma, trascurando in prima approssimazione tale aspetto, si può ritenere che la velocità di lettura sia rimasta essenzialmente costante nel tempo.

La velocità di lettura può essere misurata (Deluca et al., 2016) in funzione del tempo mediamente richiesto per leggere una sillaba. Si è ritenuto opportuno prendere – come elemento di riferimento – la velocità media di lettura di uno studente del terzo anno di scuola superiore (0.18 secondi per sillaba) impegnato in un brano complesso dal punto di vista linguistico.

Il numero di sillabe nelle delibere è stato determinato sulla base dell'analisi condotta su 120 righe di testo delle delibere considerate. Righe scelte in maniera casuale per ogni periodo considerato. Tale procedura ha portato a stimare la lunghezza media di una sillaba pari a 2.83 caratteri, spazi compresi.

Data la spesa media per atto, i tempi di lettura di un singolo atto – da parte di un unico agente economico – possono dunque essere così determinati:

Tabella 7: *Tempi di lettura e spesa media (a prezzi costanti) per unità di tempo di lettura per atti relativi all'erogazione di un contributo a un'associazione - Comune di Vallarsa*

Periodo	N° caratteri per atto	Sillabe corrispondenti per atto	Tempo in secondi di lettura richiesto per atto	Spesa media decisa con singolo atto (in euro a prezzi costanti)	Euro erogati per secondo di lettura (in euro a prezzi costanti)
Ante 1910	171	60.42	10.88	3599.68	330.96
1950-1999	1018	359.72	54.75	4787.66	73.94
2000-2010	4688	1656.54	298.18	6542.89	21.94
Post 2010	5644	1994.35	358.98	5905.89	16.45

Fonte: elaborazione su dati e informazioni dall'archivio comunale di Vallarsa

Supponendo un costo pari a 35 euro/ora, si può osservare che il costo di lettura dell'atto aumenta significativamente nel corso del tempo. L'evoluzione di tale costo può essere riferita a un singolo lettore supponendo che almeno chi prepara la delibera la legga integralmente o può essere stimata con riferimento all'intera giunta (nel caso specifico di Vallarsa, cinque componenti più il segretario).

Tabella 8: *Evoluzione del costo di lettura per atto volto all'erogazione di un contributo un'associazione - Comune di Vallarsa*

Periodo	Costo di lettura per atto (Ipotesi a): <i>singolo lettore</i> (in euro a prezzi costanti)	Costo di lettura per atto (Ipotesi b): <i>intera Giunta</i> (in euro a prezzi costanti)
Ante 1910	0.11	0.66
1950-1999	0.63	3.78
2000-2010	2.90	17.40
Post 2010	3.49	20.94

Fonte: elaborazione su dati e informazioni dall'archivio comunale di Vallarsa

4. Osservazioni conclusive

Il ridotto numero di osservazioni empiriche sulle quali si basa il presente lavoro non consente di arrivare a conclusioni definitive. Tuttavia, l'analisi condotta nelle pagine precedenti permette di evidenziare, almeno a livello preliminare, una buona rispondenza dei dati empirici con l'analisi e il modello teorico proposto.

In altri termini, appare confermato che l'aumento delle dimensioni basato sulla specializzazione e le economie di scala porta a un aumento dei costi (di controllo) per la sicurezza che diventa, da un certo punto in poi, non più sostenibile. La soluzione rappresentata dall'introduzione di innovazioni organizzativo-gestionali, basate sulla crescente specializzazione delle funzioni, pare presentare dei limiti intrinseci. L'unica strada potrebbe essere allora quella di puntare sulle economie di flessibilità il che però significa invertire la logica finora seguita nel campo della pubblica amministrazione. Vale a dire, invece di puntare esclusivamente sulla specializzazione sarebbe necessario avere dei *cluster*⁴⁶ all'interno dei quali operare in una logica di multifunzionalità e discrezionalità. Si tratta di modificare pesantemente la visione del mondo oggi prevalente, cosa sicuramente non facile anche se assolutamente necessaria.

Più in generale si può osservare che, in una logica di sostenibilità, i limiti interni conseguenti a comportamenti volti a erodere interventi discrezionali tramite il ricorso a procedure inevitabilmente sempre più complesse, diventano via via più stringenti e vincolanti. Il mantenere un equilibrio dinamico ricorrendo a un opportuno *mix* di economie di scala ed economie di gamma appare l'unica strada percorribile per evitare il collasso dell'intero sistema.

Questo tenuto anche conto che la crescente complessità degli atti gestionali porta ad un sentimento di forte estraneità rispetto al meccanismo decisionale da parte della componente elettiva⁴⁷.

In definitiva tale evoluzione rischia di minare alle basi l'organizzazione complessiva del sistema pubblico. Da un certo punto di vista si potrebbe affermare che le organizzazioni pubbliche, in analogia a quanto succede tra le organizzazioni che operano sul mercato (dove si richiede sia efficienza che flessibilità), richiedono equilibrio tra troppa e troppo poca struttura interna. In un ambito dina-

⁴⁶ Ossia degli insiemi di competenze definiti in maniera tale da consentire adeguati margini discrezionali in tema di gestione. All'interno di tali "cluster" la valutazione dovrebbe avvenire su risultato e non sul rispetto della procedura.

⁴⁷ Quest'ultima non si sente in grado di indirizzare verso gli obiettivi desiderati e prima ancora di comprendere, nella gestione quotidiana, gli atti che è chiamata ad approvare. A cascata, tale sentimento di impotenza ed inadeguatezza si trasmette all'insieme dei potenziali elettori e, in conseguenza, all'intera comunità di riferimento. Il risultato ultimo è il diffondersi dell'idea dell'istituzione "Comune" come corpo estraneo non in grado di contribuire al perseguimento di un condiviso obiettivo di sviluppo.

mico, infatti, «le organizzazioni ad alto livello di prestazioni risolvono la tensione (tra poca e molta struttura) adottando un moderato livello di struttura interna che consente loro di generare una grande varietà di soluzioni con alte le prestazioni» (De Toni e De Zan, 2005).

Tuttavia, sotto un diverso profilo si deve ritenere che raggiungere un risultato efficiente in ambito pubblico sia più difficile che per le organizzazioni che operano sul mercato. Questo perché nel pubblico è più difficile considerare gli obiettivi come indipendenti dall'ambiente esterno (la modifica del quale è uno degli scopi dell'organizzazione pubblica stessa). Stante tale situazione, si ritiene che individuare modelli organizzativi relativi al sistema pubblico efficaci, rappresenti un'assoluta necessità in un'ottica di sostenibilità. Tale individuazione richiede, ovviamente, una profonda modificazione della visione oggi prevalente.

Sostenibilità e burocrazia: un'analisi dei vincoli interni nella gestione dei comuni in Italia

Con questo lavoro si desidera approfondire quali sono le condizioni interne al sistema economico che possono influire sulla capacità del medesimo di essere sostenibile. In particolare, si vuole mettere in luce l'esistenza di una possibile relazione tra specializzazione, multifunzionalità e sostenibilità nell'attuale modello di sviluppo economico che permetta di individuare modalità gestionali in grado di evitare, in presenza di un aumento delle dimensioni economiche, un incremento più che proporzionale dei costi di controllo del sistema che potrebbe condurlo al collasso. Dopo un'analisi teorica del problema, sarà condotta un'analisi empirica, sia pure contenuta in un numero ridotto di casi, relativamente alla gestione dell'ente comunale in Italia.

Sustainability and bureaucracy: an analysis of internal constraints in the management of municipalities in Italy

With this work, we wish to explore in greater detail what conditions within the economic system can affect its ability to be sustainable. In particular, we want to highlight the existence of a possible relationship between specialisation, multi-functionality and sustainability in the current model of economic development that allows us to identify management methods, in the presence of an increase in economic size, able to avoid a more than proportional increase in the costs of control of the system that could lead it to collapse. After a theoretical analysis of the problem, an empirical analysis is carried out, albeit one comprising a small number of cases, regarding the management of municipal authority in Italy.

Riferimenti bibliografici

- Battini S., De Carolis F. (2019) *L'amministrazione si difende* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 293 e ss.
- Berti G., De Martin G.C. (2001) (a cura di) *Le autonomie territoriali: dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*. Atti del Convegno di Roma del 9 gennaio 2001, Giuffrè, Milano.
- Berti G., De Martin G.C. (2002) (a cura di) *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Luiss Edizioni, Roma.
- Bottino G. (2008) *Amministrazione e funzione organizzatrice*. Giuffrè, Milano.
- Cammarata, S. (1999) *Complessità 2000. Un'odissea tra ordine e caos*, Etas Libri editore.
- Carridà R. (2016), *Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa*, in R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I dell'opera curata da L. Ferrara e D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, pp. 127-129.
- Cerulli Irelli, V. (1994) *Corso di diritto amministrativo: nozioni introduttive, Parte II: Organizzazione Pubblica*, Giappichelli editore, Torino
- Cimini S. (2016), *Considerazioni sull'evoluzione della organizzazione amministrativa*, in Cavallo Perin R., Police A., Saitta F. (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, vol. I dell'opera curata da Ferrara L. e Sorace D., *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, pp. 639 e ss.
- Cipolla, C.M. (1992) *Il burocrate e il marinaio: la Sanità toscana e le tribolazioni degli inglesi a Livorno nel XVII secolo* (vol. 105), Il Mulino, Bologna.
- Corso, G. (2010) *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli editore, Torino.
- Dasgupta P. (2004) *Benessere umano e ambiente naturale*. Vita e Pensiero, Milano.
- Davies, S. Meyer, C. (2003) *It's alive! The Coming Convergence of Information, Biology and Business*, Crown Business, New York.
- De Luca, M., Di Filippo, G., Iudica, A., Spinelli, A. (2016) *Prove di velocità di lettura brani. Manuale con valori di riferimenti aggiornati*, Zoccolotti editore.
- De Martin G.C., 1984 *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano.
- De Toni, A.F., Comello, L., Ioan, L. (2010) *Auto-organizzazioni. Il mistero dell'emergenza dal basso nei sistemi fisici, biologici e sociali*, Marsilio editore.
- Fracchia F. (2012) *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta. Una lettura del d.lgs. 159/2009 riflettendo su Luhmann*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Franchini, C. (2003) *L'organizzazione* in Cassese S. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, Milano.
- Fraschini, A., Osculati, F. (2006) *La teoria economica dell'associazionismo tra enti locali*, Università del Piemonte Orientale, Dipartimento di politiche pubbliche e scelte collettive POLIS, Working paper n. 71, mimeo.

- Giarda, P. (2012) *Dinamica, struttura e criteri di governo della spesa pubblica: un rapporto preliminare di XVI legislatura*.
- Gunderson, C.S., Hottelling, C.S. (eds) (2002) *Panarchy: Understanding Transformation in Human and Natural Systems*, Island Press, Washington D.C.
- Gunderson, L., Pritchard, L. (2002) *Resilience and the Behaviour of Large Scale System*, Island Press, Washington D.C.
- Italia, V., Bottino G. (2018) *Manuale di diritto amministrativo*, Mondadori, Milano
- Hill, E., Wial, H. Wolman, H. (2008) *Exploring Regional Economic Resilience*, Institute of Urban and Regional Development, Working paper n. 4, mimeo.
- Hottelling, C.S. (1973) *Resilience and Stability of Ecological Systems* in *Annual Review of Ecology and Systematics*, n. 4 pp. 1-23.
- Latorraca V., (2017) *Il riordino degli enti locali tra prassi e profili problematici: dalle Province - enti di area vasta alle unioni e fusioni di Comuni*, relazione pubblicata nel 2017, <http://www.accademiaautonomia.it/file/server/file/20170905%20Latorraca%20Como.pdf>
- Marchettini N., Tiezzi E., Pulselli F.M., Bastianoni S. (2011) *La soglia della sostenibilità*. Donzelli editore, Roma.
- Pina M., Rego A. (2010) *Complexity, Simplicity, Simplexity* in *European Management Journal*, , vol. 8 n. 2, pp. 85-94.
- Hottelling, C.S. (1996) *Engineering Resilience Versus Ecological Resilience*, in Schulze, P., *Engineering within Ecological Constraints*, National Academy Press, Washington D.C., pp. 31-44.
- Martin, R. (2012) *Regional Economic Resilience, Hysteresis and Recessionary Shocks* in *Journal of Economical Geography*, n. 12(1), pp. 1-32.
- Martin, R. (2012) *Regional Economic Resilience, Hysteresis and Recessionary Shocks*, *Papers in Evolutionary Economic Geography*, n. 10-18, pp. 1-40.
- Martin, R., Sunley, P.J. (2013) *On the Notion of Regional Economic Resilience: Conceptualization and Explanation*, *Papers in Evolutionary Economic Geography*, n. 103-120, pp. 1-45.
- Merloni, F. (2016) *Istituzioni di diritto amministrativo*. Seconda edizione interamente rivista con il contributo di Enrico Carloni e Benedetto Ponti, Giappichelli editore, Torino
- Perrings, C. (2006) *Resilience and Sustainable Development in Environment and Development Economics*, n. 4, pp. 417-427.
- Peters, E.E. (1996) *Chaos and Order in the Capital Markets. A new view of Cycles, Prices and Market Volatility*, John Wiley and Sons, Second Edition, New York.
- Pimm, S.L. (1984) *The complexity and Stability of Economic System*, in *Nature*, (307), pp. 321-326.
- De Toni, A.M., De Zan, G. (2005) *Il dilemma della complessità*, Marsilio Editore, Venezia
- Iaione, C. (2007) *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di autoorganizzazione e autoproduzione degli enti locali*, vol. 29, Jovine editore, Napoli.

- Rodotà, S. (2006) *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, (Vol. 2146), Feltrinelli editore, Milano.
- Renna M., Saitta F., (2012) *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*. Giuffrè, Milano.
- Sachs J.D. (2015) *L'era dello sviluppo sostenibile*. Egea, Milano.
- Salvini, S. (2014) *Organizzazione aziendale e multidisciplinarietà: il contributo dell'epistemologia della complessità*, in *Economia aziendale online*, pp. 57-61.
- Scoca, F.G. (2014) *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione* in Id. (a cura di) *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Shiner, J.S., Davison, M., Landsberg, P.T. (1999). *Simple measure for complexity* in *Physical Review E*, vol. 59 (2), pp.1459-1464.
- Simon, H.A. (2001) *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, Bologna.
- Simon, H.A. (1962) *The architecture of complexity* in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 106 n. 6, pp. 467-482.
- Smith, A. (1976) *La ricchezza delle nazioni*, vol. I. Newton Compton editori, Roma.
- Sorace, D. (2010) *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino. Bologna.
- Tartaglia, A. (2013) *Science and the Future: Introduction* in *Science and the Future Proceedings*, Torino, Ottobre 28-31, pp. 1-16.
- Tiezzi, E., Marchettini, N. (1999) *Che cos'è lo sviluppo sostenibile? Le basi scientifiche della sostenibilità ed i guasti del pensiero economico*, Donzelli editore, Roma.
- Viscomi A. (2010) (a cura di), *Pubbliche amministrazioni per lo sviluppo locali*, Soveria Mannelli, Rubbettino.
- Vandelli L., (2006) *La semplificazione amministrativa e il decentramento*, in G. Vesperini (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, pp. 69 e ss., Giuffrè, Milano.
- Wolfram, S. (1984) *Universality and complexity in cellular automata*, in *Physica D: Non-linear Phenomena*, n. 10, 1-2, pp. 1-35.
- Walker, B., Gunderson, L. Kinzig, A. Folke, C., Carpenter, S. Schultz, L. (2006) *A Handful of Heuristic and Some Propositions for understanding Resilience in Socio-Ecological Systems* in *Ecology and Society* 11(1):13. URL: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art13/>
- WCED - World Commission on Environment and Development (1986) *Our common future*
- Woldrop, M.M. (1995) *Complexity: the Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, Viking, London, trad. it. *Complessità: uomini e idee al confine tra ordine e caos*, Iutor libri, Torino.
- Von Hayek, F.A. (1998) *L'uso della conoscenza nella società* in Donzelli F. (a cura di) *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, il Mulino, p. 287.

Il giudice del “potere pubblico” ed il percorso riformatore

Giacomo Gargano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini storiche della tutela processuale de cittadini nei confronti del potere pubblico. – 3. La tutela giurisdizionale nella Costituzione... – 4. ... e nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti fondamentali dell'Uomo. – 5. La “effettività” delle garanzie giurisdizionali nel codice del processo amministrativo. – 6. Il giusto tributo nel giusto processo. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

È sempre attuale il dibattito sulla necessità di riformare, in generale, la giustizia italiana.

Spesso, il tentativo è rivolto alla riforma della giustizia amministrativa con l'obiettivo di traghettarla all'interno di una “unica” giurisdizione¹. Allo stesso modo, ad ogni inizio legislatura, ritorna il tema del riordino della giustizia tributaria e la proposta di creare la “quarta” giurisdizione².

Emerge, così, il tentativo di riformare, talvolta destrutturando per guardare alla unicità della giurisdizione, altre volte creando una nuova giurisdizione, senza che, tuttavia, appaia in modo chiaro un disegno organico, trasparendo piuttosto la sensazione di un legislatore “schizofrenico” e, spesso, più incline al cambiamento per rispondere alle esigenze politiche del consenso, anziché occuparsi di rendere concretamente operative, armonizzandole, norme giuridiche già esistenti.

¹ Non sono mancate le proposte di legge costituzionale avente ad oggetto la abolizione della magistratura amministrativa. Il riferimento è alla proposta di legge costituzionale n. 4162 presentata alla Camera dei Deputati il 5 dicembre 2016. Più recente è il Disegno di legge costituzionale del 5 luglio 2018, n. 591, avente ad oggetto la volontà di sopprimere il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

² Sono molti i disegni di legge in tema di riforma della giustizia tributaria. Da ultimo, come è noto, ha fatto discutere il DDL 243 del 10 aprile 2018 e, prima, nella stessa direzione la proposta di legge delega n. 3734 dell'8 aprile 2016.

Non è questa certamente una novità nel panorama politico italiano (di qualsivoglia latitudine e colore) ed è, come ampiamente noto, conseguenza di un confronto multilivello e pluridecennale³.

È sufficiente richiamare l'attuale dibattito sul ruolo del giudice amministrativo quale giudice dell'economia, con i mai placati sentimenti di "abolizione", per comprendere come la "rilevanza politica della lite"⁴ non sia ancora definitivamente sopita⁵.

Con il presente lavoro, tuttavia, non si vuole certamente approfondire il tema "politico" delle riforme⁶, volendosi piuttosto analizzare quale sia, in concreto, il livello di tutele che, nel suo complesso, tali riforme intendono perseguire per verificare se, con l'attuale sistema processuale, sia possibile rinvenire elementi di unicità e coordinamento tra il processo amministrativo e quello tributario⁷.

In altri termini, si ritiene che, prima di tutto, ogni riforma sulla giurisdizione debba fornire risposte al seguente quesito: l'unificazione della giurisdizione con l'abolizione della magistratura amministrativa, ovvero la creazione di una nuova giurisdizione tributaria, quali benefici, in termine di tutele, porterebbero al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione?

³ Un esempio, ancora, il disegno di legge costituzionale n. 5636 presentato l'11 dicembre 2012 sempre con l'intento di eliminare il giudice amministrativo.

⁴ In questi termini F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 252, riferendosi alla questione dell'estensione della tutela dei privati in rapporto alla scelta di estendere o ridurre l'estensione della giurisdizione sul controllo dell'azione amministrativa. Inoltre, V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 2, 501, il quale rileva come «non può ignorarsi che le controversie di diritto pubblico, come quelle nelle quali si disputa intorno all'esercizio del potere amministrativo (che è una funzione di governo della collettività), presentano, appunto, delle particolarità che giustificano la giurisdizione speciale. La "rilevanza politica della lite" come quella che giustifica la presenza di una giurisdizione amministrativa sparata dalla giurisdizione comune, fu posta in risalto da Carnelutti. Invero, fermo restando il carattere soggettivistico della giustizia amministrativa, ormai acquisito e non più in discussione (ma dubbi e criticità sul punto, furono espressi da Nigro), la giustificazione della sua esistenza, che esclude la cognizione delle controversie di diritto pubblico dalla giurisdizione comune, sta in ciò, che attraverso il giudizio su dette controversie, si stabiliscono anche le regole dell'azione amministrativa (e proprio nel nuovo sistema caratterizzato dalla pluralità delle azioni, questo carattere si accentua); e in ciò il giudice non può prescindere dalla rilevanza degli interessi in gioco».

⁵ Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. Giovangoli, *La legislazione della crisi e il ruolo del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica* (a cura di G. Pellegrino, A. Sterpa), Roma, 2014, 31 ss; A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in *Giustizia amministrativa e crisi economica*, cit., 39 ss.

⁶ L'approfondimento sul sistema giurisdizionale interessa, ciclicamente, in modo trasversale tanto l'opinione pubblica e la politica quanto gli operatori del diritto e ha origine, come è noto, dai tempi della unificazione amministrativa del Regno passando attraverso il dibattito sulle funzioni di giustizia attribuite alla IV Sezione del Consiglio di Stato al momento della propria istituzione. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia a G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, III, Firenze, 1882, 63 ss.; V.E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritti amministrativo italiano*, III, Milano, 1907, 818 ss. Recentemente, di particolare interesse, F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 847 ss.

⁷ Sul tema G. Gargano, *A margine di un recente disegno di legge costituzionale di iniziativa parlamentare in tema di unicità della giurisdizione*, in *www.giustamm.it*, 3, 2017.

Alla domanda si vuole tentare di rispondere o, meglio, di trovare uno spunto di analisi critica, affrontando in modo comune la questione del livello di tutela processuale del cittadino innanzi all'esercizio del pubblico potere.

È, infatti, fin troppo evidente come le specificità di natura “sostanziale”, che hanno nel tempo scavato un solco sempre più profondo tra il diritto amministrativo ed il diritto tributario, non abbiano oggi più ragione di esistere – quantomeno in principio – sul campo processuale, con la possibilità “teorica” di creare una unica giurisdizione tributaria ed amministrativa⁸.

La chiave di lettura comune, sia del sistema processuale amministrativo sia di quello tributario è, infatti, proprio la comune esigenza di creare sistemi di tutela effettiva nei confronti del potere pubblico, soprattutto all'indomani dell'intervento riformatore della giustizia amministrativa⁹ che, come è noto, ha interessato il processo amministrativo e, in modo particolare, il sistema delle tutele¹⁰. In altri termini, come vedremo, “sdoganata” la precedente esistenza di un giudice amministrativo esclusivamente legato alla azione annullamento, anch'esso potrebbe essere assunto quale elemento di unione con il sistema processuale tributario.

Non potrebbe essere, del resto, priva di significato la circostanza che, nell'ambito della giustizia amministrativa, il codice del processo amministrativo abbia voluto dedicare il primo articolo alla “effettività” della tutela secondo i principi costituzionali ed europei che proprio la giurisdizione amministrativa dovrebbe assicurare ed a cui lo stesso sistema tributario mira come obiettivo¹¹.

Se non è, quindi, la mancanza di una legge dedicata al processo amministrativo ad incidere, oggi, sulla esigenza di abolire la giurisdizione amministrativa, appare con tutta evidenza come il problema delle ragioni di attualità di tale giudice vadano ricercate proprio sul piano delle tutele “concrete” che il cittadino

⁸ Sulla attualità della unicità del diritto ma, soprattutto, sul valore scientifico della «unità genetica di quel vasto comparto amministrativo, defluente in origine dall'unica materia pubblica dell'Amministrazione», con influenze significative anche sul tema della tutela processuale, si veda G.M. Esposito, *Il sistema amministrativo tributario italiano*, Padova, 2017.

⁹ Per un esaustivo commento si rinvia a M. Clarich, *Le Azioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1117 ss.; A. Pajno, *Il codice del processo amministrativo fra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 885 ss. Si vedano anche i diversi contributi della dottrina in G. Pellegrino (a cura di), *Verso il processo amministrativo*, Roma, 2010.

¹⁰ Riforma che avrebbe condotto ad un vero e proprio “cambio di paradigma”. L'espressione è di E. Garcia de Enterría, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, 65.

¹¹ Si veda il contributo di G. Cerrina Feroni, *Commento all'art. 1 c.a.*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), Milano, 2015, 73 ss. In altri termini, almeno sul piano formale, la codificazione avrebbe superato le “lacune” e le “insufficienze” che hanno fatto interrogare la dottrina negli anni ottanta del secolo trascorso sulla “attualità” della stessa giustizia amministrativa. In questi termini M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *For. It.*, 1983, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1571 ss. L'Autore, infatti, ha individuato proprio nella struttura «rozza, invecchiata, asfittica» uno dei punti di crisi maggiore del sistema processuale amministrativo, individuando come prospettiva di ricostruzione «l'intervento del legislatore che doti il processo amministrativo di un codice processuale in senso proprio».

può vantare nei rapporti con la pubblica amministrazione e che ne giustificerebbero una autonoma esistenza¹².

E non è neanche casuale che, con il recente Disegno di legge 243 del 2018, nell'ambito della giustizia tributaria, come modello riformatore si sia voluto guardare al modello processuale tedesco, ossia un modello "pubblicistico" in cui assume notevole rilevanza l'atto amministrativo, che rappresenta il più importante strumento di attuazione del diritto tributario ma, soprattutto, un ordinamento che identifica in una pluralità di valori e di articolazioni gli elementi fondanti il giusto processo tributario¹³.

In questa sede, pertanto, si vuole restringere il campo di indagine al rapporto che, in concreto, sussiste o potrebbe sussistere tra il principio di "effettività" della tutela ed il "tipo" di giurisdizione, avuto particolare riguardo alla differente evoluzione che ha avuto, da un lato, la giustizia amministrativa e, dall'altro, quella tributaria.

Dovrebbe essere, infatti, il grado di tutele del cittadino nei confronti del potere pubblico l'unico modello di comparazione per verificare la necessità di mantenere ancora oggi in vita un processo speciale ovvero, in alternativa, di creare una quarta giurisdizione, indipendentemente da modelli direttamente o indirettamente riconducibili alla struttura del processo civile¹⁴.

Bisogna, quindi, verificare quanto possa ritenersi valido un modello di giurisdizione piuttosto che un altro, a partire dalla analisi delle ragioni che hanno portato alla scelta di adottare un sistema monistico all'indomani della unificazione, dovendosi avere sempre presente la concreta funzione del processo, ammini-

¹² Per affrontare tale indagine, però, è necessario fuggire dai costanti dilemmi giuridici – giurisdizione oggettiva/soggettiva o, ancora, giudizio sull'atto/sul rapporto – per verificare se sia possibile affrancare il tema della tutela da quello della giurisdizione unica e, secondo diversi aspetti, da quello di un processo a "struttura civilistica". In altri termini, è possibile rinvenire un forte collegamento tra le spinte unitarie ed unificanti della giurisdizione e le richieste di "civilizzazione" del processo amministrativo, come se il livello di tutele aumenti in modo proporzionale alla vicinanza delle regole del sistema processuale amministrativo a quello del giudizio civile. Sul tema M. Clarich, *Il processo amministrativo a «rito ordinario»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, 4, 1058 ss., spec. 1062, secondo cui «di «civilizzazione» del processo amministrativo si è parlato, in modo forse volutamente provocatorio, per segnalare la tendenza recente del legislatore a innestare in tale processo istituti disciplinati dal codice di procedura civile e a far acquisire sempre più alla giurisdizione amministrativa il carattere di giurisdizione di diritto comune»; C. Consolo, *Il processo amministrativo fra snellezza e «civilizzazione»*, in *Corr. Giur.*, 2000, 10, 1265 ss., il quale individua "un avvicinamento al processo giurisdizionale di diritto comune". Inoltre, particolarmente interessanti le riflessioni di G. Verde, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 3, 799, il quale ritiene che proprio il codice sia stata una occasione fallita non avendo delegato al giudice l'attività che comporta l'esercizio di poteri discrezionali sostituendo all'atto viziato quello giusto e corretto. Secondo l'Autore, infatti, il «giudice amministrativo non è più giudice nell'Amministrazione, ma è giudice dell'Amministrazione».

¹³ Si veda F. Tesaurò, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2006, 11 ss.

¹⁴ Si rinvia a G. Gargano, *Rapporto tra azioni e tecniche di tutela: verso una azione unica ed atipica?*, in *Dir. e Processo Amm.*, 2016, 213 ss.

strativo e tributario, in relazione al mutare della fisionomia dei pubblici poteri ed al mutare dei rapporti fra esso ed i cittadini¹⁵.

E, come detto, la chiave di lettura comune ai due ambiti di riferimento è proprio il rapporto con il pubblico potere, ossia una innegabile intersezione di situazioni giuridiche soggettive che vedono, tanto nel diritto tributario quanto nel diritto amministrativo, il fondamento delle prerogative statuali ed in cui rimane sempre latente la connotazione delle relazioni tra singolo e collettività, ossia tra interessi individuali e pubblici.

In questa prospettiva il ruolo della giurisdizione diventa essenziale, ossia è nel processo che trova concreta estrinsecazione la tutela sostanziale alla cui base deve essere posto l'esercizio legittimo del potere pubblico e, al contempo, la pretesa di un tributo giusto¹⁶.

2. *Le origini storiche della tutela processuale dei cittadini nei confronti del potere pubblico*

Appare utile, seppure sinteticamente, affrontare le origini storiche del potere di indagine della magistratura sul potere pubblico, avendo come angolo principale di visuale sempre il sistema di tutele processuali del cittadino.

In particolare, la ricostruzione storica dei sistemi di giustizia ha come base il principio costituzionale della assoluta indipendenza fra i poteri ed il conseguente divieto di ingerenza di qualunque organo giurisdizionale rispetto alla attività propriamente amministrativa¹⁷.

All'ombra di tale principio si muove la costruzione, spesso difficoltosa, di un sistema giurisdizionale che attribuisca tutele al cittadino nei confronti dell'esercizio del pubblico potere, dovendo essere evidenziato come neanche con la legge del 1865 si sia assistito a mutamenti radicali.

Eppure, sul piano formale, una sintetica analisi di alcuni sistemi di giustizia degli Stati italiani prima della costituzione del Regno, rappresenta come non sia sempre ravvisabile una contrapposizione assoluta fra il sistema del giudice unico

¹⁵ Si veda M. Nigro, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., 1453 ss.

¹⁶ Si veda, in particolare, la Corte Edu del 23 ottobre 1990, *Darby v. Svezia*, secondo cui l'interesse del Fisco non sarebbe un interesse alla riscossione in modo generalizzato, bensì sarebbe un interesse preminente ad una posizione di vantaggio come stabilito dalla legge ed anche nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1 del Primo protocollo.

¹⁷ Per una ampia ed approfondita ricostruzione storica, anche in chiave comparativa, del sistema del contenzioso amministrativo e della propria natura si veda G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 17 ss.

e quello delle giurisdizioni generali, con una decisa propensione alla duttilità ed alla flessibilità di taluni modelli di riferimento.

Un esempio di tali forme di giurisdizione speciale è già rinvenibile nel Ducato di Parma in cui le istituzioni della giurisdizione amministrativa hanno avuto maggiore importanza rispetto agli altri Stati italiani. Con la legge 21 luglio 1822, infatti, si è assistito alla istituzione di un Consiglio di Stato il quale, oltre ad avere le tipiche funzioni consultive, aveva anche attribuzioni contenziose in molte controversie riguardanti imposte, appalti, ecc., tra cittadini ed enti amministrativi¹⁸.

Nel Regno di Napoli, ancora, è da sottolineare la importanza storica della presenza di un codice di procedura amministrativa e della sistemazione del contenzioso amministrativo ad opera della legge 21 marzo 1817¹⁹.

Tuttavia, tali sistemi giurisdizionali erano ancora troppo legati agli organi di amministrazione attiva, mancando un concreto ed effettivo contraddittorio. È proprio la diffidenza determinata dalla separazione tra gli organi dell'amministrazione attiva e quelli dell'amministrazione contenziosa che ebbe a favorire nella pubblica opinione la necessità di ricerca di un principio di giurisdizione unica²⁰.

Eppure, come rilevato da attenta dottrina, l'unicità è un legittimo obiettivo politico, con nobili radici culturali ed ideologiche, ma che rimane concettualmente distante dalla unitarietà della giurisdizione e dalla ricerca di una tutela effettiva²¹.

La già richiamata legge del 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo, all'indomani della unificazione del Regno, si può ritenere che parta proprio da un concetto di unità della giurisdizione sul presupposto di miglioramento della giurisdizione amministrativa, seppure si ritiene che non tenda a realizzare in modo assoluto la unicità della stessa giurisdizione²².

È nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo, infatti, che può essere già apprezzato il compromesso fra le due opposte tendenze – giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa –, e cioè non avere mantenuto intatto il principio della giurisdizione unica attraverso una contaminazione di giurisdizioni speciali²³.

¹⁸ Si veda Aa.Vv., *Motivi dei codici per gli Stati sardi*, Genova, 1855, 7 ss.

¹⁹ Ulteriori esempi ed una ampia ricostruzione è riportata in P. Pecchiai, *Sistema delle giurisdizioni amministrative nel diritto italiano*, Pisa, 1908, 4 ss.

²⁰ Si veda F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 549 ss.

²¹ Si rinvia alla analisi di A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Quest. Giust.*, 2015, 136 ss.

²² Si vedano le riflessioni di G. Pastori, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, 921 ss.

²³ In tale contesto storico l'ambito tributario della tutela è ancora rimesso a commissioni amministrative istituite con la legge 14 luglio 1864, n. 1830, per dirimere le controversie tra agenzie delle imposte e contribuente. Sebbene a tale disposizione sia comunemente ricondotta la origine del contenzioso tributario, ai fini

In altre parole, la detta legge non ha completamente abolito le giurisdizioni amministrative, ma le ha soppresse come principio generale, e solo come eccezione le ha conservate nelle specifiche ipotesi di cui all'articolo 12.

Anzi, la medesima legge di abolizione del contenzioso amministrativo ha avuto il pregio di “costruire” il primo vero sistema di tutela effettiva, affidando al Consiglio di Stato la giurisdizione propria in tema di ottemperanza, ossia affidando funzioni giustiziali fortemente incisive sul potere pubblico e fuori dagli schemi del giudice unico²⁴.

Guardando così alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, potrebbe sostenersi che sia stata, piuttosto, la interpretazione restrittiva che notoriamente è stata data alla espressione “diritto civile²⁵” ad avere ridimensionato – o, meglio, annientato – le tutele del cittadino nei confronti del potere²⁶.

Nell'esaminare, quindi, da una prospettiva storica il tema della giurisdizione unica, occorre necessariamente evitare di alimentare il mito che la legge di abolizione del contenzioso amministrativo abbia concretamente istituito tale modello giurisdizionale per offrire maggiori tutele al cittadino, residuando indubbiamente elementi di natura giustiziale propri di un giudice speciale, così come sarebbe necessario “depotenziare” il dibattito sul livello di tutele dal punto di vista del sistema processuale spostando l'attenzione anche nell'ambito delle tutele procedurali e sul piano del diritto sostanziale²⁷. La dottrina, in particolare, ha già evidenziato come il livello di tutele, sul piano sostanziale, sia un risultato a cui si è giunti gradualmente a cominciare, proprio, dal riconoscimento dell'interesse legittimo in posizione “paritaria” rispetto al diritto soggettivo, ossia la figura giuridica soggettiva “fronteggiante nel procedimento prima, e poi nel processo, il potere precettivo ad esercizio unilaterale dell'amministrazione”²⁸. Il tema è di particolare importanza e, per quanto esso non rappresenti l'oggetto di indagini del presente lavoro, deve certamente evidenziarsi come l'evoluzione del siste-

della presente indagine non si ritiene rilevante un approfondimento posto che, è altrettanto pacifico, che queste non avessero ancora la natura di organi giurisdizionali.

²⁴ Sul tema, ampiamente, A. Police, *La giurisdizione “propria” del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.a.*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, 2011, 77 ss.

²⁵ L'interpretazione offerta restrittivamente dalla giurisprudenza alla espressione “diritti civili”, in altri termini, non poteva essere che quella di diritti con contenuti propriamente patrimoniali, escludendosi cioè tutti quegli “interessi” del cittadino che avrebbe dovuto rassegnarsi innanzi ai pregiudizi provocati dall'agire amministrativo. Nota l'esclamazione di Pasquale Stanislao Mancini, in sede di discussione parlamentare sul sistema monistico della funzione giurisdizionale, secondo cui se al cittadino l'amministrazione pregiudica il suo interesse, ebbene “ch'ei si rassegni”.

²⁶ A. Travi, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 380 ss.

²⁷ Si veda M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa*, cit., 1571 ss., spec. 1580; Id., *Le giurisdizioni sui pubblici poteri fra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., 1671 ss.

²⁸ Cfr. F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 2, 380.

ma processuale si debba considerare strettamente collegato alla evoluzione della situazione giuridica soggettiva dei privati nei confronti della Amministrazione²⁹.

3. *La tutela giurisdizionale nella Costituzione...*

Non potendosi ulteriormente approfondire, in questa sede, la evoluzione del dibattito della dottrina e della giurisprudenza sul sistema della giurisdizione unica, deve segnalarsi solo come la “battaglia politica” di Silvio Spaventa abbia legato il tema della specialità del giudice “del potere” a quello di garantire e rispettare, sempre, il diritto e la giustizia per tutti i cittadini³⁰.

Ma neanche l'introduzione, difficoltosa, di una nuova Sezione del Consiglio di Stato con esplicite funzioni di controllo all'interno del sistema giudiziario ha potuto concretizzare gli auspici dell'illustre Giurista³¹.

È utile, a questo punto, verificare il tema della struttura unica della giurisdizione attraverso la prospettiva di indagine offerta dalla Costituzione.

In particolare, è utile ragionare sulla portata dell'articolo 103 della Costituzione anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale. Infatti, attraverso l'ampio dibattito in sede di Assemblea Costituente – e le note posizioni espresse in merito da Piero Calamandrei – si è giunti a cristallizzare nel citato articolo il difficile e contestato tema della tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, attraverso un delicato equilibrio tra esercizio della funzione giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo³².

Ma l'aspetto che maggiormente interessa rispetto all'articolo 103 della Costituzione, non è solo quello di avere ripartito la giurisdizione sulla scorta delle diverse situazioni giuridiche soggettive, bensì quello di avere lasciato al legislatore lo spazio di estendere «in particolari materie» la giurisdizione amministrativa anche ai diritti soggettivi³³.

²⁹ Sul tema E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 115 ss.; Id., *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *For. It.*, 1987, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., 1881 ss.; F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; Id., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2000, 13 ss.; Id., *Le situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Diritto Amministrativo*, Torino, 2014, 43 ss.; G. Sorrentino, *Interesse legittimo e pregiudiziale amministrativa*, Napoli, 2010.

³⁰ M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., 873 ss.; S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949, 60 ss.

³¹ Si veda A. Romano, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, 635 ss.; A. Sandulli, *La storia e i principi in Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 1 ss.

³² Per una diversa e contraria lettura si veda L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione della giurisdizione: annotazioni brevi*, in *Dir. Pubbl.*, 2014, 561.

³³ Si veda l'importante contributo di V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969.

Ciò, rispetto al livello delle tutele, appare estremamente significativo, ed è frutto della volontà di «assicurare che la scelta discrezionale del legislatore non si ponesse in contrasto con i principi di eguaglianza, indipendenza della funzione giurisdizionale e pienezza della relativa tutela assicurati dagli artt. 3, 24, 108, 111 Cost. Infatti, proprio la previsione costituzionale che abilita il legislatore ordinario a riservare la tutela di situazioni giuridiche soggettive eguali (diritti soggettivi o interessi legittimi) alla esclusiva cognizione di giurisdizioni diverse (la tradizionale giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oppure le nuove ipotesi di giurisdizione "esclusiva" del giudice ordinario), ha consentito che il legislatore potesse scegliere di assegnare ad una giurisdizione piuttosto che all'altra situazioni giuridiche soggettive di eguale consistenza»³⁴.

Detta norma, in sintesi, cristallizza a livello costituzionale un sistema dualista e contrasta le autorevoli critiche su un ipotetico ritorno ad un sistema monistico³⁵ o, perfino, su una interpretazione delle attuali norme costituzionali che autorizzerebbe una visione monistica della funzione giurisdizionale³⁶.

La sentenza della Corte costituzionale 204 del 2004, con particolare riferimento al tema dei "confini" della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, rafforza il concetto secondo cui non sarebbe la unicità della giurisdizione ad arricchire le garanzie giurisdizionali dei cittadini e ad ampliare la pienezza e la effettività delle tutele³⁷.

Con due successive sentenze, n. 259 del 2009 e n. 35 del 2010, la Corte costituzionale è andata anche oltre, ritenendo che la giurisdizione esclusiva sarebbe configurabile anche in fattispecie relative solo a diritti soggettivi, evidenziando così come la funzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non sarebbe più unicamente riconducibile al superamento dell'intreccio di posizioni giuridiche soggettive di difficile qualificazione, bensì spostando i termini della questione sul piano della pienezza della tutela³⁸.

Ciò che concretamente rileva, quindi, è il graduale superamento del binomio giurisdizione amministrativa/annullamento dell'atto, nonché l'ulteriore

³⁴ A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 139.

³⁵ Si rinvia a A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano 2005. In estrema sintesi, partendo dalla lettura dell'articolo 24, comma 1, della Costituzione, l'Autore ritiene che la tutela sia dei diritti sia degli interessi legittimi non possa essere differenziata rispetto alla diversa qualificazione delle posizioni soggettive, sicché sarebbe inappropriata una differente tutela giurisdizionale in ragione di un differente sistema di investitura dei giudici.

³⁶ Si veda L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, cit..

³⁷ A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 9, 2004, 974 ss.

³⁸ Si veda F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, cit., 863.

assunto giurisdizione ordinaria/tutela piena, dovendosi guardare ad un ampliamento del livello di tutela in ogni ambito giurisdizionale³⁹.

In altri termini, il tema non è tanto quello di comprendere quale sistema giurisdizionale adottare quanto, piuttosto, assicurare la unità e la effettività della funzione giurisdizionale nei confronti dell'esercizio del potere pubblico⁴⁰.

4. ... e nella *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei diritti fondamentali dell'Uomo*

Guardando alla tutela, il dibattito deve, certamente, coinvolgere anche le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU, sul presupposto che, fino a qualche anno addietro, il rapporto tra la giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali era antitetico ed inconciliabile quando era presente l'esercizio del potere fiscale.

Infatti, ove sul piano sostanziale possa dirsi raggiunto l'obiettivo di un diritto tributario giusto, nel senso di affermare che lo Stato con l'applicazione dei tributi non debba violare i diritti fondamentali⁴¹, è necessario che anche sul piano processuale si ottenga una tutela effettiva ed in cui la salvaguardia offerta dall'art. 6 della CEDU dovrebbe essere duplice: sul versante oggettivo (cioè, del processo), essa si sostanzia nel diritto ad un'udienza equa e pubblica, da celebrarsi entro un termine ragionevole; sul versante soggettivo (cioè, del giudice), essa richiede l'indipendenza, l'imparzialità e la pre-costituzione per legge del soggetto giudicante.

Tuttavia, come detto, il rapporto tra pubblico potere e cittadino non ha sempre ricevuto un adeguato bilanciamento, dovendosi proprio richiamare la nota pronuncia della Corte Edu del 12 luglio 2001, *Ferrazzini v. Italia*, secondo cui non sarebbe applicabile il principio del giusto processo, di cui all'articolo 6 CEDU, al giudizio tributario.

I Giudici di Strasburgo, in particolare, facendo leva sul dato letterale e pur riconoscendo che «un procedimento tributario ha indubbiamente un oggetto patrimoniale», hanno ritenuto che «possono esistere delle obbligazioni patrimoniali» nei confronti dello Stato e dei suoi organi che, ai fini dell'art. 6, paragrafo 1, devono essere considerate come rientranti esclusivamente nell'ambito del diritto pubblico e, di conseguenza, non afferenti alla nozione di «diritti ed obbligazioni di carattere civile».

³⁹ S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo. Il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 1221 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000.

⁴⁰ A. Police, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, cit., 143.

⁴¹ È principio ormai acquisito nella giurisprudenza CEDU che la normativa sostanziale tributaria debba essere compatibile con i diritti di cui all'articolo 1, Primo protocollo, della Carta.

In questo senso, sempre secondo la Corte, «la materia fiscale rientra ancora nell'ambito delle prerogative del potere d'imperio, poiché rimane predominante la natura pubblica del rapporto tra contribuente e la collettività».

Tuttavia, sempre la Corte, nella pronuncia del 23 novembre 2006, *Jussila v. Finlandia*, ha ritenuto che, quando un processo tributario abbia ad oggetto la legittimità di una sanzione che, pur non qualificata come penale, in concreto non assolva ad una funzione compensativa del danno prodotto, ma assume una valenza punitiva, oltre che deterrente, esso deve rispettare i precetti dell'art. 6 della CEDU e, nella fattispecie, l'obbligo della pubblica udienza.

Pertanto, ove sia legittimo ritenere che l'interesse del Fisco possa anche condurre ad un affievolimento della posizione individuale, essendo questo un interesse pubblico preminente, non si ravvisano eguali ragioni per condurre ad un affievolimento anche sul piano processuale, ossia di parità delle armi difensive⁴².

Ed il tema assume una sua maggiore rilevanza proprio a seguito della evoluzione tracciata sul sistema processuale amministrativo, anche costituzionale.

5. *La "effettività" delle garanzie giurisdizionali nel codice del processo amministrativo*

A questo punto della indagine si ritiene necessario un sintetico esame del sistema di garanzie previsto nell'attuale processo amministrativo⁴³, essendo infatti un presupposto necessario, per quanto non sufficiente, per ipotizzare una eventuale e futura confluenza o, meglio, unificazione della giurisdizione amministrativa e tributaria.

Deve essere sottolineato, in particolare, come l'evoluzione del sistema delle tutele nel giudizio amministrativo sia collegata alla mutata idea sulla funzione dello stesso giudice amministrativo che, da «essenziale presidio della res pubblica»⁴⁴, si è trasformata proprio in funzione di realizzazione della tutela reale ed effettiva

⁴² La funzione tributaria è una funzione centrale del nostro ordinamento giuridico non solo sotto il profilo economico e monetario ma, soprattutto, sotto il profilo della stessa sopravvivenza dello Stato di diritto.

⁴³ Si rinvia a A. Police, *Commento all'art. 7 co. 2, 3 Cpa*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), 2015, Milano, 207 ss.

⁴⁴ Si veda M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 7.

degli interessi privati del cittadino nel rapporto con il pubblico potere⁴⁵, ossia di «mediazione tra gli interessi in gioco»⁴⁶.

Rispetto, quindi, ad un secolo addietro, quando il giudice amministrativo era il giudice naturale chiamato ad occuparsi unicamente delle controversie tra cittadino e pubblico potere al solo fine di sindacare la legittimità dell'azione amministrativa⁴⁷, è avanzata una dimensione più dinamica e moderna di processo che richiede oggi una tutela reale ed effettiva degli interessi privati e che, certamente, potrebbe essere assunto quale modello di riferimento anche di altri sistemi processuali che hanno ad oggetto proprio il rapporto tra potere e cittadino.

È, in sintesi, mutata la stessa funzione giurisdizionale posto che la domanda di giustizia impone al processo di essere strumento non più per accertare i torti della pubblica amministrazione ma, piuttosto, per affermare le ragioni del cittadino la cui tutela «da effettiva diviene piena e, infine, soddisfattiva»⁴⁸.

Gli interessi del singolo, del resto, non si contrappongono più solo al potere pubblico della Amministrazione, essendo emersa «nell'area del pubblico, un pubblico non statale ma sociale, che trae cioè la sua posizione e la sua legittimazione dai suoi collegamenti funzionali con gli interessi e le forze della società»⁴⁹, ciò conciliandosi indubbiamente con le stesse esigenze di dovere bilanciare le ragioni del Fisco con i diritti e gli interessi fondamentali⁵⁰.

⁴⁵ Da una funzione di "controllo" ad una di "giurisdizione" nel senso indicato da L. Iannotta, *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione fatta valere: l'interesse legittimo tra interesse di fatto, situazione giuridica uti civis, situazione giuridica personale)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 3, 325 ss., in cui la funzione di giurisdizione sarebbe intesa come tutela di situazioni giuridiche personali mentre il controllo come garanzia dell'interesse pubblico, fisso nel *nomen* ma diverso nella sostanza.

⁴⁶ In questi termini V. Spagnuolo Vigorita, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 3, 322.

⁴⁷ Concezione, come è noto, avvalorata dalla speculare definizione del Guicciardi di interesse legittimo quale tutela indiretta. Secondo l'Autore, infatti, «nel complesso, deve quindi rilevarsi che alcuni cittadini possono avere un interesse qualificato, diverso da quello di ogni altro, alla validità degli atti amministrativi. Tale qualificazione è dovuta non già al fatto che il provvedimento amministrativo incide sulla loro sfera giuridica, perché se esso fosse validamente emanato con quello stesso contenuto quei cittadini non potrebbero che sottostarvi; bensì al fatto che, attuata a garanzia dell'interesse pubblico come sanzione della invalidità, profitta anche a loro in quanto li sottrae alla pretesa avanzata dall'Amministrazione». Così E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, cit., 36.

⁴⁸ Si rinvia a De Lise, *Profili generali in La Gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, 19 ss., spec. 29.

⁴⁹ In questi termini M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il Centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, ora in *Scritti giuridici*, III, cit., 2069.

⁵⁰ Sul tema, per tutti, si rinvia a S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013.

Si moltiplicano anche le liti fra pubbliche amministrazioni⁵¹ con modifiche inevitabili del processo amministrativo ed alterazione della propria struttura e funzione⁵².

È mutato anche l'oggetto del giudizio amministrativo che «consiste non tanto nel solo controllo di legittimità sull'atto quanto nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive vantate dal privato. L'oggetto del giudizio non è più solo ed esclusivamente la legittimità dell'atto, bensì il bene della vita al quale il ricorrente aspira. Il processo tende a definire il rapporto tra la pubblica amministrazione e il privato mirando a risolvere in maniera definitiva il conflitto di interessi tra le parti coinvolte nella controversia»⁵³.

In tale nuova prospettiva, quindi, è rilevante verificare come il codice del processo amministrativo abbia introdotto delle novità utili a rendere concreta ed effettiva la tutela offerta ai cittadini da parte del giudice amministrativo⁵⁴. Si tratta, in altri termini, di indagare quei profili dinamici della giurisdizione amministrativa attinenti principalmente al sistema delle azioni esperibili ed ai poteri decisorii del giudice che hanno proprio trovato una specifica disciplina negli articoli 29 e ss. del codice⁵⁵.

Assume particolare rilievo l'articolazione dei contenuti dell'azione e, soprattutto, la molteplicità delle pretese processuali ammissibili con particolare riguardo al rapporto tra le azioni e la loro proiezione nella successiva pronuncia giurisdizionale. Sia l'azione di annullamento sia anche quella risarcitoria, infatti, potrebbero rappresentare una tecnica di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati in cui il giudice, dopo avere accertato la illegittimità dell'atto, massimizzi la tutela del privato sia attraverso l'annullamento sia mediante risarcimento del

⁵¹ Sempre secondo M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, op. ult. cit., 2065, «una caratteristica dell'attuale processo amministrativo è il forte moltiplicarsi delle liti fra pubbliche amministrazioni, o per meglio dire, fra figure organizzative della pubblica amministrazione».

⁵² Si segnala V. Spagnuolo Vigorita, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1962, 630 ss.

⁵³ Così R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, 1280.

⁵⁴ Si rinvia a F. Luciani, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 4, 979 ss.

⁵⁵ Va precisato come da un punto di vista processuale gli strumenti che oggi sono a disposizione del cittadino sono i medesimi sia per la giurisdizione di legittimità sia per la giurisdizione esclusiva. Infatti, nell'ambito delle due forme di giurisdizione possono essere proposte le medesime domande, confermando, almeno nelle intenzioni del legislatore, la tendenza del processo amministrativo a raggiungere un livello di tutela pieno ed effettivo indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva controversa. Secondo parte della dottrina da ciò «se ne potrebbe trarre la conseguenza del venir meno del dibattito sull'opportunità di un giudice e di un codice diversi da quello ordinario», con la sostanziale omogeneizzazione delle tutele ed il superamento delle ragioni che hanno determinato una specifica disciplina. In questi termini G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 4, 1212.

danno: nel primo caso, quindi, la tutela dell'interesse giuridico leso si otterrebbe mediante riparazione in forma specifica; nel secondo, invece, per equivalente⁵⁶.

Infatti, indipendentemente dal concetto di tipicità o atipicità delle azioni, si ritiene che la effettività della tutela dovrebbe necessariamente presupporre un sindacato ampio del giudice e, soprattutto, un potere decisorio non vincolato da schemi predeterminati⁵⁷.

In altre parole, tale interpretazione del codice tende a garantire una tutela piena ed effettiva senza che sia necessario il riferimento al sistema monistico o dualistico prescelto.

Il giudice amministrativo, quindi, non sarebbe più solo giudice dell'annullamento, così come la giurisdizione amministrativa non è più la sede in cui verificare solo la illegittimità dell'atto⁵⁸, bensì è il luogo, al pari della giurisdizione ordinaria, in cui il giudice amministrativo è chiamato a disporre anche attraverso la reintegra in forma specifica⁵⁹.

⁵⁶ Si veda E. Guicciardi, *Annullamento dell'atto, risarcimento del danno e scelta dell'interessato*, nota alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 1951, n. 1284, in *Giur. It.*, 1952, oggi in *Studi di Giustizia Amministrativa*, Torino, 1994, 356 ss., spec. 359, secondo cui «l'annullamento dell'atto rappresenta la riparazione in forma specifica della lesione arrecata». La tutela risarcitoria per equivalente si potrebbe considerare una misura, una tecnica, di tutela dell'interesse legittimo ed in quanto tale essa sarebbe alternativa alla tutela demolitoria. In estrema sintesi, si può ritenere che oggi il codice del processo amministrativo abbia raggiunto tale obiettivo, sdoganando il principio di atipicità delle azioni. Tuttavia ciò non sarebbe sufficiente a garantire, in concreto, una tutela piena ed effettiva

⁵⁷ Il dibattito, piuttosto, si dovrebbe spostare sulla necessità che tale potere si colleghi ad una domanda della parte, e cioè al principio insuperabile della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Si veda S. Barchiesi, *Commento all'art. 32 cpa*, in *Codice della giustizia amministrativa* (a cura di G. Morbidelli), Milano, 2008, 532. Allo stesso modo, ai sensi dell'art. 34, comma 1, il giudice, con la propria decisione non potrebbe andare oltre alla domanda (*nei limiti della domanda*), L. Torchia, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, Milano, 2011, 342. L'effettività della tutela, quindi, non si esaurirebbe nel concetto di pluralità di azioni, avendo ricordato la dottrina come «non può essere disconosciuto, infatti, che, ancor prima, e anche a prescindere dai recenti interventi legislativi, il giudice amministrativo sia riuscito, attraverso una giurisprudenza meritoria e progressista, ad assicurare al privato una tutela piena nei confronti dell'Amministrazione, anche in un sistema ispirato alla tipicità delle azioni e connotato dalla centralità dell'azione di annullamento». In questi termini R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁵⁸ Così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., 129-130 secondo cui «non pare quindi più dubitabile che il giudice amministrativo, istituito in principio come giudice di annullamento, vuoi per una autonoma forza espansiva, vuoi per una successiva serie di nuove attribuzioni da parte del legislatore, si sia nel tempo trasformato, talché oggi la giurisdizione amministrativa non è solo la sede per ottenere la pronuncia (giurisdizionale) di annullamento di atti amministrativi illegittimi, ma è una istanza giurisdizionale risolutiva di vari tipi di controversie».

⁵⁹ A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 4, 797, il quale, in modo pienamente condivisibile, rileva come «se il contenuto della pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente non è più la mera questione di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato, appare evidente che la valutazione sulla validità (o meno) di un atto o provvedimento amministrativo non costituisce più l'oggetto dell'accertamento giudiziale così come l'annullamento non è più il contenuto principe della sentenza che il giudice andrà ad assumere. L'invalidità (o meno) di un atto costituirà uno dei possibili contenuti della sentenza di condanna, una delle possibili forme di reintegrazione in forma specifica». Il giudice amministrativo, in particolare, potrà procedere al risarcimento in for-

6. Il giusto tributo nel giusto processo

Le superiori riflessioni ed i principi oggi cristallizzati nel codice del processo amministrativo, possono essere assunti quale base critica per analizzare la volontà di riformare anche il sistema della giustizia tributaria, ossia una giurisdizione che, al pari di quella amministrativa, avrebbe tra le parti del giudizio il pubblico potere.

Il tema, in modo specifico, deve essere trattato avendo come assunto la possibilità di assicurare una effettività alla giusta attuazione dei tributi, escludendosi, per le ragioni dette, che la "sola" riforma della giustizia con la creazione della quarta giurisdizione sia sufficiente ad assicurare detto obiettivo.

Non deve, infatti, essere trascurata la peculiarità che nel processo tributario vige il principio della tassatività degli atti impugnabili davanti alla Commissione Tributaria, sicché è una indagine che non può certamente prescindere da una parallela analisi dei mezzi di tutela collegati direttamente alla fase istruttoria del procedimento tributario ed agli effetti negativi che potrebbero derivare al contribuente ovvero a soggetti terzi.

In sintesi, la domanda a cui occorre fornire risposta, quasi analogamente al percorso ed al ragionamento specificatamente intrapreso dalla giustizia amministrativa, è quella di individuare la eventuale sussistenza di mezzi di tutela ulteriori rispetto alla sola azione di impugnazione dell'avviso di accertamento che rendano effettiva la tutela.

Ebbene, il processo tributario, oltre allo strumento della impugnazione dell'avviso di accertamento, conosce sia i rimedi risarcitori sia anche quelli sanzionatori⁶⁰ e le diverse criticità emerse durante l'operato concreto delle Commissioni tributarie⁶¹, provinciali e regionali⁶², hanno già di recente portato il legislatore, con il d.lgs. n. 156 del 2015, ad intervenire sul sistema processuale tributario introducendo, per quanto rileva nel presente lavoro, l'applicabilità della tutela cautelare in tutte le fasi del processo, compreso quello di revocazione, nonché

ma specifica con l'annullamento del provvedimento illegittimo, soltanto nella ipotesi in cui venga dimostrato in giudizio dal ricorrente la spettanza della pretesa sostanziale fatta valere. Infatti, «La mancata soddisfazione dell'interesse materiale per essere ingiusta e, quindi, riparabile (eventualmente in forma specifica con l'annullamento del provvedimento), deve presupporre l'accertamento da parte del giudice della fondatezza della pretesa alla soddisfazione di detto interesse, la lesione infatti non sarebbe *contra jus* (o, meglio, non vi sarebbe affatto lesione) se l'interesse materiale non avesse dovuto ottenere soddisfazione e, quindi, non ne potrebbe scaturire un'azione diretta alla sua riparazione».

⁶⁰ Si veda P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2013, 50 ss.

⁶¹ Sull'accesso dibattito, anche a livello costituzionale, in merito alla natura delle Commissioni tributarie e alla riconosciuta conformità alla Costituzione, si richiamano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 351/1995, 152/1997, 50/1989, 64/2008 e 39/2010.

⁶² Insediamento, come è noto, avvenuto con Decreto ministeriale 26 gennaio 1996, a decorrere dall'aprile 1996, a seguito dei due decreti legislativi 31 dicembre 1992, nn. 545 e 546, emanati in attuazione della delega di cui all'articolo 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413. Per un ampio commento, G. Gilardi, *Unità della giurisdizione, giudici speciali, giudici specializzati*, in *Quest. Giust.*, 1997.

la comunicazione immediata alle parti in udienza dell'ordinanza che decide sulla istanza di sospensione⁶³.

Si tratta, dunque, di riforme che hanno certamente inciso sulla funzionalità del processo tributario, soprattutto per la estensione dei confini delle tutele processuali del contribuente⁶⁴.

Volendo, tuttavia, approfondire il ragionamento, è necessario indagare se ciò sia sufficiente ad assicurare un adeguato livello di tutele e, in particolare, è utile verificare quali debbano essere gli elementi caratterizzanti una giurisdizione tributaria *giusta* per soddisfare pienamente le esigenze di una *giusta* imposizione⁶⁵.

Come è noto, il contenzioso tributario è caratterizzato dal principio dispositivo, rientrando la materia del giudizio nel monopolio delle parti ed è, in estrema sintesi, un giudizio che si avvicina maggiormente al processo civile di quanto non lo sia (o di quanto non lo sia stato) quello amministrativo.

I principali istituti civilistici sono, infatti, ampiamente richiamati dalla stessa giurisprudenza e la riferita riforma del 2015 ha implementato il livello di tutele.

È, volendo sintetizzare, un processo sul fatto che si avvicina ai principi civilistici senza porre come elemento di distanza la natura pubblica di uno dei soggetti coinvolti e che, almeno sotto tale aspetto, si differenzia dalla storia evolutiva del processo amministrativo sebbene, come detto, nell'attuale contesto normativo le differenze sono ormai ridotte, almeno sotto l'aspetto formale⁶⁶.

Le dette considerazioni, solamente riassunte nel presente lavoro, possono condurre alla considerazione che il rito tributario, oggi, assicura un insieme di "armi" al cittadino-contribuente adeguate per ottenere una tutela processuale effettiva.

⁶³ Inoltre, tra le principali modifiche, è stata introdotta la immediata esecutività delle sentenze aventi ad oggetto l'impugnazione di un atto impositivo, con l'effetto della restituzione dei tributi in favore del contribuente, nonché il giudizio di ottemperanza delle sentenze anche non definitive. Sulle modifiche si veda M. Viliani, *La parziale riforma del processo tributario*, in www.altalex.it, 2015.

⁶⁴ Si veda G. Gilardi, *La riforma della giustizia tributaria e l'unitarietà della giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2016.

⁶⁵ Si rinvia a E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, 196 ss.; G. Falsitta, *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972, 36 ss.; C. Glendi, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, 143 ss.; C. Magnani, *Il processo tributario. Contributo alla dottrina generale*, Padova, 1965, *passim*; F. Tesaurò, *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975, *passim*.

⁶⁶ Si deve, tuttavia, osservare come la dottrina abbia auspicato un maggiore avvicinamento al modello processuale amministrativo rispetto a quello civilistico e ciò, in effetti, rappresenta un elemento di differenziazione con le analisi poste a fondamento della evoluzione della giustizia amministrativa. La dottrina, infatti, quando ha affrontato il tema della "nuova" veste del processo amministrativo all'indomani della codificazione, per enfatizzare il maggiore livello di tutele raggiunto dal cittadino, almeno sul campo delle regole processuali, ha proprio utilizzato il concetto di "civiltizzazione" del processo amministrativo, ritenendo che ciò fosse un elemento caratterizzante la parità processuale delle parti. Si rinvia a G. Gargano, *La tutela processuale del cittadino contribuente nel rispetto dei principi costituzionali e dell'Unione europea*, in www.koreuropa.it, 2019, 13.

Eppure, per le peculiarità che sono proprie del rapporto tra Fisco e cittadino, per guardare compiutamente al concetto di tutela processuale tributaria, non può tacersi il suo preliminare legame con la tutela procedimentale, essendo la pretesa impositiva cristallizzata proprio all'interno dell'accertamento. È evidente, infatti, la strumentalità tra motivazione dell'atto di accertamento ed oggetto del successivo ed eventuale contenzioso.

Detto inscindibile legame tra le argomentazioni poste a fondamento dell'accertamento tributario ed oggetto del giudizio (le cui ragioni non sono modificabili) è, proprio sul piano processuale, uno dei principali elementi caratterizzanti il sistema processuale tributario e che, in concreto, evitano che venga violato sia il diritto di difesa sia l'effettivo contraddittorio.

Nello schema tipicamente impugnatorio tributario, quindi, l'oggetto del giudizio non è l'astratta legittimità del tributo rispetto alla ricognizione della disciplina applicabile e dei fatti rilevanti, ciò prescindendo da quanto specificatamente accertato, bensì è l'accertamento della legittimità della pretesa impositiva fondato solo sui fatti e sulle motivazioni indicate specificatamente nell'atto impugnato⁶⁷.

È, infatti, divenuto patrimonio comune della giurisprudenza della Suprema Corte la massima secondo cui la funzione della giurisdizione tributaria sia il controllo sul corretto esercizio del potere tributario⁶⁸. L'attuazione dell'art. 53 della Costituzione e dei doveri di solidarietà è affidato, in prima battuta, alla Pubblica amministrazione, con l'attribuzione di rilevanti poteri, istruttori e provvedimenti e la giurisdizione tributaria è una sovrana giurisdizione di controllo sull'esercizio di tali poteri. In essa si valuta sia la legittimità che il merito, sia la conformità della serie procedimentale e provvedimento alla legge, sia la fondatezza della pretesa, ma alla luce dell'esercizio amministrativo del potere⁶⁹.

Così, sempre secondo la giurisprudenza della Cassazione, l'oggetto del processo coinciderebbe con l'accertamento della legittimità della pretesa in quanto avanzata con l'atto impugnato, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in tale atto indicati: sia nelle impugnazioni degli avvisi di accertamento che dei dinieghi di rimborso la posizione della Amministrazione è quella, non modificabile né integrabile (se non attraverso il ritiro dell'atto e la sua sostituzione in autotutela), espressa nel provvedimento impugnato⁷⁰.

⁶⁷ E. Capaccioli, *L'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1996, I, 5 ss.; P. Russo, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969, 64 ss.

⁶⁸ Si veda sentenza Cass. Civ. 23 settembre 2011, n. 19533, in *www.iusexplorer.it*.

⁶⁹ In questi termini, A. Marcheselli, *Giustizia tributaria: luci, ombre e prospettive di una giurisdizione fondamentale*, in *Quest. Giust.*, 2016, 3, 13 ss.

⁷⁰ Cass. Civ. 3 febbraio 2016, n. 2066, in *www.iusexplorer.it*.

Solo una giurisdizione di controllo sarebbe in grado di assicurare un corretto e adeguato esercizio della funzione amministrativa: ove il giudice tributario regredisce alla antica funzione delle Commissioni tributarie (completare la determinazione del tributo), non solo mortificherebbe l'evoluzione storica, retrocedendo alla antica funzione amministrativa di evidente dubbia compatibilità con l'assetto giurisdizionale del giusto processo (che richiede un giudice indipendente e imparziale e non un giudice che completi la funzione amministrativa di una delle parti in giudizio), ma abdicherebbe anche al ruolo di guardiano della Amministrazione, con evidente lesione, indiretta, del principio di imparzialità e buon andamento.

Se un provvedimento amministrativo tributario illegittimo o infondato potesse essere salvato perché integrato in giudizio, la funzione amministrativa potrebbe continuare a essere esercitata in forma patologica, grazie al paracadute giudiziario: un siffatto giudice sarebbe inadeguato all'evoluzione del sistema giuridico, inadeguato rispetto al modello del giusto processo e inadeguato alla sua funzione di propulsione verso una sana ed efficiente amministrazione.

Quindi, pur non essendo oggetto della presente indagine l'analisi analitica degli istituti processuali di cui al d.lgs. n. 546 del 1992, è emerso come la ricostruzione dei principi basilari di tale processo lo avvicini al rispetto dei valori consacrati nell'articolo 24 della Costituzione, nonostante permanga, sul piano sostanziale, la contrapposizione tra contribuente e autorità.

Da tale sintetica ricostruzione emerge come non sia, in verità, sentita una esigenza di riforma del rito, bensì diventa di preminente importanza l'organizzazione della giustizia tributaria, potendosi sostenere che i meccanismi processuali non sembra che presentino criticità di particolare rilievo rispetto al tema delle tutele.

Non si rinvengono, infatti, in dottrina interventi che rilevano la inadeguatezza complessiva delle "regole del gioco" ovvero violazione della parità, sul piano processuale, delle parti.

Ne costituisce indiretta conferma la circostanza che tutte le ipotesi di riforma, compresa la recente del 2018 – DDL 243 – sono, tendenzialmente, nell'ottica della "de-formalizzazione" o semplificazione del rito, ma ciò non sembra, invero, incidere sulla "qualità" del contenuto della decisione, con la logica conseguenza che l'assunto di fondo è che il livello di tutele non dipenda dall'attuale rito.

Sarebbe, pertanto, un errore quello di invocare la creazione di una nuova giurisdizione sull'assunto che questa possa determinare l'aumento del livello delle tutele del contribuente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria⁷¹.

⁷¹ Nella relazione al DDL 243/2018, in particolare, guardando alle motivazioni concrete sottese alla necessità di riformare la giustizia tributaria, con la creazione di una autonoma giurisdizione, si evince come questa sia «necessaria perché i giudici tributari devono essere giudici professionali, ben pagati, indipendenti (anche

7. Considerazioni conclusive

Dalla presente analisi si coglie come, in generale, la funzione giurisdizionale di rendere giustizia e di tutelare, in modo pieno ed efficace, le situazioni giuridiche dei soggetti agenti sia oggi parimenti riscontrabile nei sistemi processuali amministrativi e tributari.

Le peculiarità, infatti, sia del processo amministrativo sia di quello tributario, non giustificerebbero un livello di tutela inferiore per le parti rispetto al processo civile per la sola circostanza che, dall'altra parte della trincea, sia presente il potere pubblico.

Ed effettivamente gli attuali strumenti – esaminati sinteticamente – che il codice del processo amministrativo mette a disposizione delle parti, se interpretati nel modo detto, escluderebbero un *deficit* di tutele⁷². Allo stesso modo, da una sintetica ricognizione del sistema processuale tributario, è emerso come il “problema” della giustizia tributaria non sia da ricercare nel rito.

La giurisdizione “del potere pubblico” è, ancora oggi, una giurisdizione attuale che si coniuga con le esigenze sociali ed economiche, ossia rimane un luogo in cui con estrema sensibilità e competenza si riescono a bilanciare interessi – pubblici e privati –, spesso contrapposti, senza provocare subordinazioni o prevaricazioni degli uni sugli altri⁷³.

Sulla scorta di tali considerazioni, si può anche pensare ad un unico giudice del potere pubblico, nel senso che il legislatore, ove voglia perseguire un percorso riformatore anche della giustizia tributaria, potrebbe inserire nella già esistente giurisdizione amministrativa una sezione specializzata proprio in ambito tributario. Questa riforma avrebbe il pregio di rispondere a tutte le delineate esigenze di tutela del cittadino nei confronti dell'esercizio del potere pubblico, collocando i due riti, tributario e amministrativo, all'interno di un'unica organizzazione giurisdizionale. Del resto, come detto, tanto la giustizia amministrativa quanto quella tributaria sono proprio accomunate dal controllo del potere, sia esso propriamente amministrativo ovvero specificatamente di natura fiscale, ed entrambi i riti sembra che oggi offrano un adeguato livello di tutele.

all'apparenza) da Ministero dell'economia e delle finanze e competenti a decidere le delicate e difficili questioni tributarie», in www.senato.it.

⁷² Si veda G. Gargano, *Dallo “sblocca Italia” al “blocca TAR”: meno tutele, più sviluppo?*, in www.giustamm.it, 2015.

⁷³ Sul tema si veda, in particolare, S. Battini, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 43 ss. In particolare, come ricordato da A. Police, La mitologia della “specialità” ed i problemi reali della giustizia amministrativa, in *Quest. Giust.*, cit., 148, lungi dall'alterare la posizione di parità delle parti in giudizio, essendo piuttosto una tecnica che garantirebbe, prosegue l'Autore, «adeguatezza e proporzionalità fra gli effetti generali della propria pronuncia e la richiesta di riparazione della lesione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto del giudizio».

Così, secondo tale logica, appaiono di tutta evidenza le ragioni sottese ad una possibile unicità nella giurisdizione di controllo del potere.

Se si guarda all'oggetto principale dei due giudizi, amministrativo e tributario, diventano innegabili le assonanze: è pacifico che il giudizio tributario abbia ad oggetto una obbligazione accertata in esito a un complesso esercizio di poteri autoritativi, inquadrati in una articolata serie procedimentale, così come quello amministrativo guardi al provvedimento quale esito di un procedimento.

Ed è, quindi, alla fase procedimentale che bisognerebbe guardare – e non a quella processuale –, semmai, per trarre elementi distintivi tra diritto tributario e diritto amministrativo, ed in cui potrebbero e dovrebbero emergere le peculiarità sostanziali delle due discipline giuridiche: da un lato, infatti, nel procedimento tributario, è innegabile che le coordinate sostanziali delle c.d. obbligazioni tributarie mantengano proprie peculiarità e specificità; dall'altro, pur mantenendosi come comune denominatore della fase procedimentale l'esercizio del potere, permane come differenza di fondo l'uso vincolato del potere dell'Amministrazione finanziaria, come accade, in generale, per la misurazione della ricchezza.

Si potrebbe, dunque, cercare una specializzazione della giurisdizione tributaria all'interno di quella amministrativa essendo già oggi, nei fatti, il giudice tributario, un tribunale amministrativo dei tributi, chiamato a verificare il corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione e deputata a controllare il corretto adempimento dei doveri di solidarietà fiscale.

In questo modo sarebbe anche possibile rispondere alle esigenze, comunemente condivise in dottrina, giurisprudenza e nei tentativi di riforma della giustizia tributaria, di creare un giudice terzo, imparziale e professionale; di prevedere l'assenza di gerarchia (almeno) funzionale dei magistrati tributari rispetto al personale ausiliario, ossia l'indisponibilità effettiva da parte dei giudici del personale amministrativo e il *deficit* di indipendenza di esso; eliminare l'assenza (di almeno un nucleo) di autonomia contabile della magistratura tributaria, ossia l'assenza di autonoma gestione dei mezzi finanziari e la apparente dipendenza finanziaria; rispondere all'inadeguatezza del sistema di retribuzione dei magistrati tributari.

Sono, come si è ricostruito, venute meno anche possibili titubanze in ordine ai livelli di tutela garantiti al cittadino con il processo amministrativo a cui, quindi, può guardare il sistema processuale tributario senza timore di addivenire ad un rito con *deficit* di tutele.

Si potrebbe ipotizzare, ad esempio, la creazione di una sezione specializzata con la presenza, nel collegio, di figure professionali alla stregua di ciò che accade nelle c.d. sezioni agrarie dei tribunali⁷⁴, attingendo dette professionalità proprio

⁷⁴ C. Consolo, *Commento all'art. 47, l. 3 maggio 1982, n. 203*, in *Commentario alla legge sui contratti agrari* (a cura di A. Carrozza, L. Costato, A. Massart), Padova 1983, 203 ss.; P. Nappi, *Contratti agrari e tutela*

dai giudici laici delle attuali commissioni tributarie che, indubbiamente, hanno acquisito sul campo una specializzazione che non potrebbe né essere dispersa né, in ipotesi di nuova giurisdizione, essere traghettata nei ruoli della magistratura senza previo concorso. Ciò, inoltre, avrebbe delle dirette assonanze con la idea originaria del legislatore del 1992 (art. 3 d.lgs n. 545 del 1992) che, in tema di selezione delle professionalità dei giudici tributari, puntava, probabilmente, a garantire la specializzazione avendo in mente un modello di collegio misto, ove a un presidente di solida formazione giuridica generalista si potessero affiancare professionalità diverse e, più specificatamente attinenti alla materia.

La richiesta di specializzazione che, naturalmente, richiede il tema della indagine tributaria, alla luce delle considerazioni svolte sulla evoluzione del giudice amministrativo, non giustificerebbero oggi un giudice "speciale".

Le differenze andrebbero enfatizzate, piuttosto, nella fase procedimentale a cui non rimane indifferente proprio il tema delle tutele.

giurisdizionale, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario* (diretto da L. Costato), Padova, 2003, 1043 ss.; A. Germanò, *Controversie in materia agraria*, in *Digesto Disc. priv., Sez. civ., IV*, Torino, 1989, 300 ss.; G. Verde, *Aspetti processuali della l. 3 maggio 1982 n. 203*, in *La nuova disciplina dei rapporti agrari: aspetti giuridici ed economici*, Camerino-Napoli, 1983, 51 ss.

Il giudice del “potere pubblico” ed il percorso riformatore

È sempre attuale il dibattito sulla necessità di riformare, in generale, la giustizia italiana. Spesso, il tentativo è rivolto alla riforma della giustizia amministrativa con l'obiettivo di traghettarla all'interno di una “unica” giurisdizione. Allo stesso modo, ad ogni inizio legislatura, ritorna il tema del riordino della giustizia tributaria e la proposta di creare la “quarta” giurisdizione. Con il presente lavoro, tuttavia, non si vuole certamente approfondire il tema “politico” delle riforme, volendosi piuttosto analizzare quale sia, in concreto, il livello di tutele che, nel suo complesso, tali riforme intendono perseguire per verificare se, con l'attuale sistema processuale, sia possibile rinvenire elementi di unicità e coordinamento tra il processo amministrativo e quello tributario.

In altri termini, se si dimostra che tanto il rito amministrativo quanto quello tributario abbiano, oggi, un adeguato livello di tutele, perché non pensare ad una unica giurisdizione che abbia come unico e comune denominatore il controllo del potere pubblico?

The ‘public power’ judge and the reformist path

The debate on the need to reform the Italian legal system in general is always topical. Often such attempts are aimed at reforming administrative law with a view to shifting it towards a ‘single’ field of law. Likewise, at the beginning of every parliamentary term, the issue of reshaping tax law and the proposal to create a ‘fourth’ jurisdiction arises over and over again. The present paper, however, does not intend to go into detail of the political dimension of the reforms, but aims to analyse the specific level of protection that, as a whole, such reforms intend to pursue, so as to check whether – from within the current system – it is possible to rediscover elements of indivisibility and coordination between administrative and tax proceedings.

In other words, if it can be shown that both administrative and tax law today have an adequate level of protection, why not think about a single jurisdiction which could take the control of public authorities as its only and common denominator?

Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia*

Riccardo de Caria

SOMMARIO: 1. Definizione e implicazioni della tokenizzazione della ricchezza. – 2. La tokenizzazione nell'ambito del diritto della proprietà. – 3. La tokenizzazione nell'ambito dei titoli di credito. – 4. Conclusione: da una rivoluzione tecnologica ad una giuridica?

1. *Definizione e implicazioni della tokenizzazione della ricchezza*

Questo lavoro si propone di mettere in luce le principali questioni giuridiche sollevate dalla cosiddetta tokenizzazione dei beni di rilevanza economica.

L'espressione tokenizzazione, dall'inglese "token", nell'accezione di "simbolo", "segno rappresentativo", è emersa in ambito informatico per designare un processo volto a proteggere un dato significativo che non si vuole rendere noto, e realizzato tramite la conversione di tale dato in un equivalente non significativo che può essere trasmesso senza rivelare il contenuto originario: non è infatti sostanzialmente possibile, o comunque sarebbe profondamente antieconomico per via dell'enorme quantità di risorse di calcolo necessarie, risalire all'originale senza conoscere il meccanismo di conversione, tipicamente basato su crittografia¹.

Dall'ambito della *data security* e *data protection*, questa espressione si è estesa in tempi recenti al campo della blockchain e delle applicazioni che su di essa si basano. In questo contesto, con "tokenizzazione" si fa riferimento al processo, collegato ma diverso, di conversione della ricchezza in token digitali, che vengono poi emessi su piattaforme basate su una blockchain tramite smart contract².

* L'Autore desidera ringraziare gli anonimi referee per i preziosissimi consigli migliorativi, nonché Angelo Rainone per la valida collaborazione prestata nel reperimento di alcune informazioni bibliografiche.

¹ S. Gnanasundaram, A. Shrivastava (eds.), *Information Storage and Management: Storing, Managing, and Protecting Digital Information in Classic, Virtualized, and Cloud Environments*, Wiley, 2012, 362.

² Cfr. G. Sazandrishvili, *Asset Tokenization on Blockchain Explained in Plain English*, in *Medium*, 19 maggio 2018.

Esula dalla portata del presente lavoro entrare nel dettaglio della descrizione di tali strumenti, che si danno per già conosciuti dal lettore. In ogni caso, a chi non sia familiare con essi basterà sapere che la legge di conversione del decreto semplificazioni (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in l. 11 febbraio 2019, n. 12) ha introdotto all'art. 8-ter, rispettivamente ai commi 1 e 2, la definizione di "tecnologie basate su registri distribuiti" e di "smart contract"³. Al di là delle critiche che è possibile rivolgere a questa scelta del legislatore italiano e alle modalità con cui la ha attuata⁴, ai nostri fini si ricava che la blockchain è una sequenza di informazioni che – quanto meno nella versione potenzialmente più dirompente, ovvero quella pubblica/*permissionless*⁵ – possono venire inserite da chiunque rispetti le regole del protocollo: la verifica di tale rispetto è demandata, anziché ad un'entità centralizzata, a un insieme più vasto di soggetti (da qui il richiamo ai registri distribuiti, che traduce l'originale inglese "*distributed-ledger technologies*"). Il protocollo è costruito in modo tale che ciascuno di tali soggetti potrebbe alterare la sequenza solo al prezzo di un dispendio di energia, e conseguentemente economico, proibitivo, che dunque disincentiva in massimo grado la corruzione dei dati e ne garantisce con elevatissimo grado di probabilità l'immutabilità.

Una delle applicazioni di questa tecnologia sono gli smart contract, ovvero programmi informatici che prevedono l'adempimento automatico – e non revocabile – di una determinata obbligazione contrattuale al verificarsi di una determinata condizione, che viene accertata o in modo oggettivo e automatico o tramite i cosiddetti oracoli (ad es., quando un sensore verifica l'arrivo della merce in un determinato luogo, viene inviato al mittente il denaro del pagamento).

Tornando al punto, l'accezione più recente di tokenizzazione, quella che si riferisce appunto all'utilizzo della blockchain e degli smart contract, è la sola a cui farò riferimento nel presente scritto. Rispetto all'accezione più risalente di toke-

³ «1. Si definiscono "tecnologie basate su registri distribuiti" le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. 2. Si definisce "smart contract" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

⁴ Cfr. R. de Caria, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche e risposte regolatorie tra diritto pubblico e privato dell'economia*, in R. Battaglini, M.T. Giordano (a cura di), *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019, 199 ss., in particolare 202 ss.

⁵ Per un approfondimento sui diversi tipi di blockchain, cfr. J. Bevilacqua, *Le varie tipologie di blockchain*, in R. Battaglini, M.T. Giordano (a cura di), *Blockchain e smart contract*, cit., 51 ss. Per un inquadramento generale, nell'ambito della dottrina italiana, v. anche, tra i molti, M. Chierici, *La blockchain: una lettura giuridica per uno sguardo verso il futuro*, *Cyberspazio e Diritto*, 2018, 3, 385; L. Piatti, *Dal Codice Civile al codice binario: blockchain e smart contracts*, *Cyberspazio e Diritto*, 2016, 3, 325.

nizzazione, permane in questa l'elemento della trasformazione di un dato sensibile in un dato non significativo, tramite un meccanismo crittografico. Tuttavia, la tokenizzazione che avviene sulla blockchain si vale appunto di questo tipo di tecnologia per garantire l'immutabilità del dato originariamente inserito, e fa normalmente impiego di smart contract – anch'essi un'applicazione della blockchain⁶ – per far circolare la ricchezza rappresentata dai token.

Come è stato osservato, la tokenizzazione della ricchezza così effettuata comporta una serie di vantaggi⁷, che possono essere così sintetizzati: in primo luogo, una maggior liquidità, dal momento che consente di frammentare i titoli di proprietà su un bene e crearne un mercato secondario, molto più semplicemente di quanto non avvenga con le modalità tradizionali; inoltre, un aumento della velocità e diminuzione di costo delle transazioni, dal momento che gli smart contract consentono la loro automazione; poi, una maggior trasparenza, garantita dall'immutabilità della blockchain; infine, un aumento delle opportunità di investimento, dal momento che la riduzione dei costi transattivi consentirà di rendere economicamente praticabili anche investimenti molto limitati, con un conseguente aumento molto significativo della platea di potenziali investitori.

Questa nuova pratica è appunto descritta da molti osservatori come potenzialmente dirompente per il mondo degli affari, ma evidentemente pone molteplici e complesse questioni giuridiche⁸, che nei paragrafi che seguono cercherò di enunciare: nel paragrafo 2 mi occuperò prevalentemente delle implicazioni nell'ambito del diritto della proprietà, nel paragrafo 3 mi soffermerò sui titoli di credito, e nel paragrafo 4 tirerò le fila dell'analisi svolta, impiegandola per riflettere sul più generale tema se la rivoluzione portata dalle nuove tecnologie comporti anche una necessaria rivoluzione giuridica oppure no. Il lavoro contiene assai più

⁶ Cfr. R. de Caria, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2018, 3, 731 ss..

⁷ P. Laurent, T. Chollet, M. Burke, T. Seers, *The tokenization of assets is disrupting the financial industry. Are you ready?*, in *Inside magazine*, issue 19, Part 02. Cfr. invece, in senso prettamente critico, E.-P. Schuster, *Cloud Crypto Land, LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2019, 17 (in corso di pubblicazione in *Modern Law Review*, 2020).

⁸ Secondo alcuni insormontabili: cfr. E. Schuster, *Cloud Crypto Land*, cit., in particolare 14 ss., che conclude nel senso dell'impossibilità di un «meaningful blockchain-based economic system. I argue that features present in all major legal systems mean that real assets cannot be traded on blockchain-based systems, unless design choices are made which necessarily remove all advantages the technology offers over existing solutions. The same argument is shown to apply to so-called smart contracts». A ciò si aggiungono poi i connessi problemi in ambito di sicurezza informatica, che a loro volta interrogano il giurista. D'altro canto, come osservato da M.T. Henderson, M. Raskin, *A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets*, in *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, No. 2, 443-493, 447-449, il legislatore nel settore dei valori mobiliari si ritrova ad affrontare due tipi di problemi: in primo luogo l'asimmetria informativa e in secondo luogo la difficoltà nell'implementazione della normativa, il che rende ben possibili frodi. Ci si trova dunque di fronte ad un bivio: una legislazione *soft* lascerebbe campo libero ad attori economici scorretti e in potenza rischierebbe di sfavorire attori economici più onesti e meno seducenti, ma una legislazione troppo restrittiva impedirebbe lo sviluppo di questo settore.

domande che risposte, assai più problemi che soluzioni, ma l'obiettivo è quello di contribuire ad avviare una riflessione che è ancora soltanto agli inizi, e che dovrà svilupparsi assai più approfonditamente negli anni a venire.

2. *La tokenizzazione nell'ambito del diritto della proprietà*

Con riferimento al diritto di proprietà in senso tradizionale, la tokenizzazione comporta la possibilità di creare forme di titolarità sui beni apparentemente diverse da quelle classiche.

Muoviamo da un esempio⁹: il soggetto che sia proprietario di un immobile, ma a corto di liquidità, potrebbe aver necessità di una quantità di denaro che rappresenta una percentuale ridotta rispetto al valore dell'immobile. La risposta tradizionale emersa nel mondo degli affari è quella inquadrabile sotto forma di prestito, tipicamente garantito dall'immobile che funge da collaterale (in diritto italiano si tratterebbe evidentemente di costituire un'ipoteca).

Con la tokenizzazione, è invece possibile percorrere un'altra strada, convertendo la proprietà tradizionale in una *smart property*¹⁰: il titolo di proprietà viene cioè frazionato in una quantità elevata di piccole unità (i token), e queste unità possono venire cedute – tipicamente con una compravendita – a soggetti interessati all'investimento, tramite smart contract di cui resta traccia imperitura su una blockchain¹¹.

La tokenizzazione offre così un'opportunità anche ad investitori che abbiano a disposizione una limitata quantità di denaro: i token sono normalmente unità appunto piccole, per cui è possibile acquistarne una limitata quantità, senza che i costi transattivi del mondo degli affari tradizionale rendano antieconomico l'investimento.

⁹ Tratto e liberamente adattato da G. Sazandrishvili, *op. cit.*

¹⁰ Termine coniato dall'antesignano N. Szabo nel suo lavoro del 1994 sugli *Smart Contracts* (<https://web.archive.org/web/20011102030833/http://szabo.best.vwh.net:80/smart.contracts.html>) e da lui ripreso e sviluppato due anni dopo in *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets* (1996), http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html.

¹¹ Cfr. in argomento, tra i molti, R. Morone, *Smart properties*, in R. Battaglini, M. Tullio Giordano (a cura di), *Diritto della blockchain*, cit., 447-455; nella letteratura in inglese, v. già nel 2014, T. Swanson, *Great Chain of Numbers: A Guide to Smart Contracts, Smart Property and Trustless Asset Management*, Capitolo 4 (*Smart Contracts*); v. poi A. Wright, P. De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, <https://ssrn.com/abstract=2580664> (2015), in particolare 33 ss.; v. anche, lo stesso anno, J.A.T. Fairfield, *BitProperty*, in *S. Cal. L. Rev.*, 2015, 88, 805 ss.; v. infine un cenno in L. Griggs, R. Thomas, R. Low, J. Scheibner, *Blockchains, Trust and Land Administration – The Return of Historical Provenance*, in *Property Law Review*, 2017, 6, 180 ss.

Chiaramente, un'operazione di questo tipo, se appare piuttosto lineare nella sua logica economica, nella sua "causa" potremmo dire secondo le categorie giuridiche, pone evidentemente una serie di questioni giuridiche al momento attuale quasi insormontabili. Di seguito mi soffermerò sulle principali che si manifestano a prima vista.

In primo luogo, come inquadrare la cartolarizzazione (*securitisation*) originaria? Si tratta di un'operazione diversa da quella che si realizza con un fondo immobiliare o una semplice società d'investimento in questo settore, in cui i singoli sottoscrittori o soci sono titolari di una quota non di un bene, ma rispettivamente del fondo o della società, che sono poi a loro volta i proprietari effettivi del bene in questione.

In questo caso, invece, ciò che la tokenizzazione vorrebbe realizzare con la creazione di una *smart property*, è proprio la frammentazione del diritto di proprietà stesso in una miriade di rapporti, ciascuno dei quali poi suscettibile di trasmissione a terzi in un mercato secondario.

Appare evidente come una simile operazione sia assai difficile da ricondurre alle modalità attualmente ammesse dal nostro ordinamento di circolazione dei beni immobili, che prevedono com'è ben noto un controllo e intermediazione notarile per garantire l'opponibilità a terzi¹². La tokenizzazione tende a realizzare una fuga in avanti, in cui l'intermediazione notarile è superata dalla certezza e opponibilità a qualunque terzo garantita dall'immutabilità della blockchain, ma a diritto invariato non pare sia praticabile, quanto meno negli ordinamenti appunto con notariato di tipo latino.

Attualmente, esiste un solo studio del Consiglio Nazionale del Notariato in argomento, ma appare più che altro focalizzato sulle questioni applicative sollevate dall'intervento legislativo che ricordavo in apertura¹³. La posizione del notariato si può poi ricavare comunque da diversi scritti e interventi menzionati in un approfondito lavoro recente pur dedicato principalmente a questioni di altro

¹² Cfr. in generale sul tema, tra i moltissimi, A. Ciatti Caimi, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili* [artt. 2643-2645-bis, 2646-2651], Milano, 2018; N.A. Cimmino, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 2012; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 3 volumi, 1991-1998; S. Pugliatti, *La trascrizione: l'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Milano, 1989 (in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo); F.S. Gentile, *Trascrizione* (voce), in *Novissimo Digesto*, Torino, 1973, vol. XIX; L. Ferri, *Art. 2643-2696: Trascrizione immobiliare*, in *Commentario del Codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Il Foro Italiano, Roma, 1962; in epoca precedente all'attuale codice civile, v. anche N. Coviello, *Trascrizione* (voce), in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1940; L. Cosattini, *Trascrizione* (voce), in *Enc. Italiana Treccani*, 1937, Roma; N. Coviello, *Della trascrizione*, 2 volumi, Torino, 1933.

¹³ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 1_2019 DI, a firma di M. Manente, L. 12/2019 – *Smart Contract e tecnologie basate su registri distribuiti – Prime note*, disponibile su <https://www.notariato.it/sites/default/files/S-1-2019-DI.pdf>.

tipo¹⁴. A questi scritti se ne aggiungono poi ancora altri¹⁵, tra cui quelli pubblicati sul sito di *Federnotizie. Notariato, Innovazione, Società*¹⁶,

Nel complesso, da queste fonti sembra ricavarsi che il notariato italiano ha intravisto il potenziale profondamente dirompente delle innovazioni collegate alla blockchain per la professione notarile in sé, e più in generale per le stesse categorie civilistiche tradizionali¹⁷. Quanto alla prima, è agevole comprendere come la blockchain potrebbe disintermediare i trasferimenti di ricchezza e quindi rendere a tendere potenzialmente superata la certezza garantita dalla funzione notarile¹⁸, sostituendola con quella che è stata definita “*trustless trust*”¹⁹.

Quanto alle tradizionali categorie civilistiche, basti pensare a tutta la discussione sulla natura giuridica delle criptovalute²⁰ (avvenuta un po’ in tutti gli ordi-

¹⁴ S. Aceto di Capriglia, *Contrattazione algoritmica. Problemi di profilazione e prospettive operazionali. L’esperienza “pilota” statunitense*, in *federalismi.it*, 2019, 18, 2 ottobre 2019, segnatamente 55 ss. L’Autore ricorda tra gli altri M. Krogh, *Transazioni in monete virtuali e rischio di riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 2, 155 ss.; G. Laurini, *Il notaio e le valute virtuali*, in *Notariato*, 2018, 2, 141 ss.; M. Nastri, *Blockchain per i notai: opportunità e rischi*, in *www.agendadigitale.eu*, 30 maggio 2017; Redazione la Repubblica, *Dai bitcoin agli smart contract, allarme del sindacato notai: “Attenzione alle frodi su internet”*, in *www.repubblica.it*, 16 ottobre 2017; Federnotai Lombardia, *The blockchain system and its challenges*, in *Medialaws*, 23 febbraio 2017, poi ripreso nel manifesto *Smart contract and blockchain* reso pubblico dalla stessa Federnotai Lombardia e Università Bocconi in occasione del convegno *Blockchain: rivoluzione tecnologica e certezza del diritto* organizzato a Milano l’8 maggio 2017; M. Manente, *Blockchain e smart contract sono la risposta, ma a quale domanda?*, in *Biblioteca online della Fondazione Italiana del Notariato*, Atti del convegno “Atto notarile informatico: cosa cambia?” tenutosi a Torino il 16 giugno 2017, Parte II, disponibile su *www.biblioteca.fondazione-notariato.it*; D. Aquaro, *Dalle criptovalute ai contratti: notai a sostegno della blockchain*, in *www.ilssole24ore.com*, 23 ottobre 2018; D. Aquaro, A. Magnani, *La blockchain dei notai chiama a raccolta gli sviluppatori e lancia i primi test*, in *www.ilssole24ore.com*, 20 giugno 2018; *Intervista a G. Marozz*, in *Radio 24, Smart City*, 19 ottobre 2017.

¹⁵ Su tutti, C. Licini, *Riusciranno i notai a non essere disintermediati nel mondo telematico?*, Parte I e Parte II, in *MediaLaws*, 11 febbraio 2019; v. anche R. Morone, *Smart properties*, cit., specialmente 452 ss. (l’Autore è il Notaio che ha rogato la prima compravendita italiana di immobili con pagamento in Bitcoin: cfr. R. Bosio, *Il primo atto immobiliare in “bitcoin” porta il sigillo del notaio Remo Morone*, in *enordovest*, 24 gennaio 2018).

¹⁶ Si segnalano in particolare i seguenti: D. Chiofalo, *Blockchain... e il Notariato?*, in *Federnotizie*, 20 febbraio 2019; *Blockchain technology, notai e certezza del diritto*, in *Federnotizie*, 9 maggio 2017; *Il notaio nel terzo millennio. Bitcoin, The Dao, Monero ed il sistema blockchain*, 21 settembre 2016. Ad essi si aggiungono alcuni articoli relativi al 52° Congresso Nazionale del Notariato svoltosi a Palermo dal 12 al 14 ottobre 2017 sul tema *#Notaio: garanzia di sistema per l’Italia digitale* (v. soprattutto il panel della mattina del 13 ottobre sul tema *Notaio e blockchain: innovazione tecnologica e certezze*); altri relativi al convegno *Blockchain, Smart Contract e Notariato* organizzato dalla stessa *Federnotizie* a Milano il 23 settembre 2019; nonché altri sul progetto *Notar-Chain* (su cui v. brevemente *infra* nel testo).

¹⁷ Cfr. ad es., tra i molti, L. Parola, P. Merati, G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *i Contratti*, 2018, 26(6), 681 ss.; v. anche i lavori riportati *infra*, alle note 20 e 22.

¹⁸ Cfr. un accenno in R. de Caria, *Blockchain-Based Money as the Ultimate Challenge to Sovereignty. Reflections from a Public Economic Law Perspective*, in *Eur. J. Comp. Law and Gov.*, 2018, 2, 131-132.

¹⁹ Cfr. ad es. H. Eenmaa-Dimitrieva, M.J. Schmidt-Kessen, *Creating Markets in No-Trust Environments: The Law and Economics of Smart Contracts*, in *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2019, 35(1), 69 ss.; M. Zou, G. Cheng, M.S. Heredia, *In Code We Trust? Trustlessness and Smart Contracts*, in *Computers & Law*, aprile 2019.

²⁰ Cfr. tra i molti P.R. Amendola, B. Mascagni, *L’inquadramento delle criptovalute: TAR del Lazio, sent. n. 01077/2020 del 27 gennaio 2020*, in *Diritto Bancario*, 5 marzo 2020; V. De Stasio, *Le monete virtuali: natura giuridica e disciplina dei prestatori di servizi connessi*, in M. Cian, C. Sandei (a cura di), *Diritto del Fintech*,

namenti che dove il tema è entrato nell'agenda politica e nel dibattito pubblico e scientifico²¹) e a quella se gli smart contract siano riconducibili o meno alla nozione codicistica di contratto²².

Con la consapevolezza di ciò, il notariato italiano ha manifestato una disponibilità a studiare ed accogliere questi strumenti in quanto portatori di innovazione, senza mancare però di metterne in rilievo gli asseriti rischi.

In effetti, può ricordarsi il lancio di un grosso progetto in collaborazione con IBM, dal nome di NotarChain, con cui ci si proponeva l'ambizioso obiettivo di mantenere il ruolo dei notai incorporando in qualche modo la blockchain nella loro attività²³. Tuttavia, probabilmente il progetto era viziato da un fraintendimento di questa tecnologia e della distinzione tra i vari tipi di blockchain²⁴, ed è in effetti stato abbandonato abbastanza presto²⁵.

Milano, 2020, 215 ss., specialmente 233 ss.; G. Bertolini, *Guida alle criptovalute. Inquadramento giuridico e crowdfunding*, in *Opinio Juris*, 6 luglio 2019; A. Caloni, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 65(1), 159 ss.; A.M. Gambino, C. Bomprezzi, *Blockchain e criptovalute*, in G. Finocchiaro, V. Falce (a cura di), in *FinTech: diritti, concorrenza, regole*, Bologna, 2019, 267 ss.; C. Lanfranchi, *Profili giuridici delle valute virtuali*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2019, 1-2, 43; P. Iemma, N. Cuppini, *La qualificazione giuridica delle criptovalute: affermazioni sicure e caute diffidenze*, in *Diritto Bancario*, 8 marzo 2018; M. Bellezza, *Blockchain*, in M.-T. Paracampo (a cura di), *FinTech: Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico*, Torino, 2017, 217 ss.; R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, 1, 27 ss.; N. Busto, *Bitcoin tra "disintermediazione" e "iper-intermediazione"*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2016, 3, 309 ss.; N. Vardi, *Bit by Bit: Assessing the Legal Nature of Virtual Currencies*, in G. Gimigliano, *Bitcoin and Mobile Payments. Constructing a European Union Framework*, London, 2016, 55 ss.; G. Bonaiuti, *Le nuove forme di pagamento: una sintesi degli aspetti economici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, 1, 17 ss.; N. Vardi, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica del "Bitcoin"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 15(3), 443 ss.; R. de Caria, P.L. Burlone, *Bitcoin e le altre criptomonete. Inquadramento giuridico e fiscale*, in *IBL Focus*, 1 aprile 2014, http://www.brunoleonimedia.it/public/Focus/IBL_Focus_234-De_Caria_Burlone.pdf; R. Razzante, *Bitcoin e monete digitali. Problematiche giuridiche*, in *Gnosis*, 2014, 4, 107 ss.

²¹ Su tutti, cfr. la riflessione svolta in ambito britannico, in particolare dalla UK Jurisdiction Taskforce, che nel suo *Legal statement on cryptoassets and smart contracts*, reso pubblico a Novembre 2019 dopo un processo di consultazione, dopo approfondita analisi conclude in questi termini (§ 85): «*Whether English law would treat a particular cryptoasset as property ultimately depends on the nature of the asset, the rules of the system in which it exists, and purpose for which the question is asked. However: (a) cryptoassets have all of the indicia of property; (b) the novel or distinctive features possessed by some cryptoassets – intangibility, cryptographic authentication, use of a distributed transaction ledger, decentralisation, rule by consensus – do not disqualify them from being property; (c) nor are cryptoassets disqualified from being property as pure information, or because they might not be classifiable either as things in possession or things in action; (d) cryptoassets are therefore to be treated in principle as property; [...]*» (9 ss.).

²² Nella già molto vasta letteratura, mi limito a ricordare S.A. Cerrato, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in R. Battaglini, M.T. Giordano (a cura di), *Blockchain e Smart Contract*, cit., 273 ss., e R. de Caria, *The Definition(s) of Smart Contracts Between Law and Code*, in M. Cannarsa, L.A. DiMatteo, C. Poncibò (a cura di), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2019, 19 ss.

²³ Cfr. G.O. Mannella, G. Coniglione, *Notarchain: la Blockchain "certificata" dai notai*, in *Quotidiano giuridico*, 1 agosto 2018.

²⁴ L. Egitto, *Perché le blockchain di Stato e dei notai non sono blockchain a tutti gli effetti*, in *Wired.it*, 13 marzo 2019.

²⁵ Cfr. D. Aquaro, *Blockchain, una tutela in cerca d'autore*, in *il Sole 24 Ore*, 26 dicembre 2019.

In definitiva, la posizione del notariato può essere probabilmente ben sintetizzata con le parole che il Prof. Oreste Pollicino scelse nel presentare il manifesto *Smart contract and blockchain* redatto dall'Università Bocconi e da Federnotai²⁶: «Bella la favola del digitale che, per definizione, è moltiplicatore di libertà e non ha bisogno di alcun canale o traiettoria tracciati da poteri o funzionari pubblici perché trova comunque, in ogni caso, la strada maestra. Il manifesto discusso oggi è molto importante. Non dobbiamo sottovalutare le potenzialità, ma dobbiamo soprattutto essere consapevoli dei rischi del blockchain»²⁷.

Venendo agli ordinamenti anglosassoni, gli ostacoli appaiono meno insormontabili. Rimane certamente il problema dell'accertamento della genuinità a monte dei titoli tokenizzati: la blockchain può dare certezza alla catena di trasferimenti, ma non può risolvere la questione della veridicità del primo titolo che su di essa è stato trasferito. Oltre a ciò, permangono altri problemi più generali come la difficoltà pratica di invalidare transazioni relative a questi titoli, quando se ne ravvisi qualche forma di vizio, stante l'immutabilità delle blockchain (quanto meno di quelle pubbliche/*permissionless*).

Chiaramente, però, l'assenza di un sistema di intermediazione immobiliare formalizzato nel senso tipico degli ordinamenti a notariato latino rende la tokenizzazione immobiliare in linea di principio più facile da praticare. Ciononostante, anche in contesto angloamericano sono state formulate osservazioni di carattere problematico con riguardo a quella che uno dei principali studiosi che le hanno elaborate, Joshua Fairfield, ha definito *Bitproperty*²⁸.

Il ragionamento di questo autore trascende la distinzione tra beni mobili e immobili, individuando alcuni aspetti della tradizionale teoria della proprietà in *common law* che rendono difficile la concettualizzazione della proprietà digitale, e ancor più della *smart property* tokenizzata.

Il punto di partenza²⁹ è che, tradizionalmente, il diritto della proprietà si è sviluppato, anche in *common law* (e anche qui soprattutto in ambito immobiliare o comunque con riguardo a beni di particolare valore che per questo richiedevano una forma di registrazione, come i titoli azionari, o i diritti di proprietà intellettuale), prevedendo la necessità di un'autorità centralizzata per la gestione dei registri, che godesse della fiducia degli utilizzatori.

Questa intermediazione ha un costo, ed è ciò che ha ostacolato fin qui il dispiegarsi nell'ambito del diritto di proprietà del pieno potenziale della rivoluzione legata all'avvento di internet, a differenza di quanto avvenuto in altri setto-

²⁶ V. sopra, nota 14.

²⁷ Le parole del Prof. Pollicino sono riportate in Federnotai, *Blockchain, tutti i rischi delle transazioni online*, comunicato 8 maggio 2017.

²⁸ J.A.T. Fairfield, *Bitproperty*, in *Southern California Law Review*, 2015, 805 ss.

²⁹ J.A.T. Fairfield, *Bitproperty*, cit., 807 ss..

ri come il diritto dei contratti³⁰. La teoria tradizionale della proprietà in *common law* «non apparve, all'epoca dell'avvento di internet, immediatamente applicabile in un contesto in cui molte risorse non erano né scarse né rivali. [...] Il tradizionale diritto di proprietà ha fatto a lungo leva sulla materialità dei beni come indice della rivalità che venditori e acquirenti richiedono nei sistemi di proprietà»³¹.

Le tecnologie a registro distribuito basate su sistemi crittografici sembrano poter rappresentare una netta soluzione di continuità in questo scenario consolidato, poiché consentono il trasferimento di beni non rivali senza necessità di intermediari autorizzati. Appare pertanto possibile riconcettualizzare il diritto di proprietà in questo contesto come un diritto che ha ad oggetto informazioni, non cose/beni (*“things”*), e quindi come un sistema di comunicazione e conservazione di informazioni.

La conclusione è che «il problema principale è che un'autentica rivalità e scarsità digitali sono state difficili da creare, e che la *common law of property* associa le tradizionali regole sulla proprietà con oggetti tangibili anziché con *informationally compact data objects*. Di conseguenza, le corti sono partite dall'assunto che le tradizionali regole sulla proprietà siano semplicemente inapplicabili alle risorse online basate su informazioni, e hanno applicato male ed esteso eccessivamente l'operatività del diritto di proprietà intellettuale per riempire la lacuna. Ciò che occorre [...] è una teoria della proprietà come informazione. [...] Un simile approccio non solo permette significativi miglioramenti nell'attuale teoria del costo dell'informazione, ma affronta anche direttamente la funesta opinione che la proprietà tradizionale non ha posto online. Una volta che gli ostacoli concettuali che hanno impedito la piena fioritura della proprietà digitale online siano stati rimossi, il *common law* può mettere all'opera i risparmi di costo e le economie di scala proprio delle tecnologie per le comunicazioni a rete, per creare un sistema operativo di proprietà digitale»³².

Questi spunti alimenteranno nel paragrafo conclusivo una riflessione di carattere più ampio sulla necessità di adattamento del diritto esistente alla tecnologia blockchain. Per il momento, possiamo sintetizzare che l'analisi effettuata ci consente di concludere che, tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto in

³⁰ Si tratta di quello che Fairfield definisce il “mistero” della proprietà digitale: «*why do we truly own so little online? Why has traditional (i.e., non-intellectual) property law failed to gain a real foothold in digital environments? What conceptual blocks remain in place, preventing the full adoption of online property regimes? And what can be done within the realm of theory to begin to shift the conversation? The core common law areas have taken markedly different paths in their transition to online environments. Contract law has made an effortless transition to the Internet. Electronic contracts are everywhere and routinely enforced. Tort law has made a similarly seamless transition. Cyberdefamation is a routine cause of action, and specific online issues like cyberbullying or revenge porn are hotly discussed topics, where progress in the debate can be discerned*» (*ibid.*, 838).

³¹ *Ibid.*, 839, traduzione mia.

³² *Ibid.*, 874, traduzione mia.

quelli di *common law*, appare più praticabile, quanto meno nello scenario giuridico attuale, la tokenizzazione della ricchezza mobiliare. Si pensi a qualunque bene oggetto di potenziale investimento, da un'opera d'arte a pietre e metalli preziosi³³, da una collezione di vini, orologi o bottiglie di vino a un francobollo raro.

Qui non si pongono i problemi della necessità, ribadisco a diritto vigente, dell'intermediazione notarile o comunque delle maggiori formalità previste anche nei sistemi di *common law* con riguardo ai beni immobili, ma permangono comunque quelli relativi all'accertamento della genuinità dei titoli originari, che si può risolvere – ad esempio – solo per le opere d'arte realizzate d'ora in avanti³⁴, o dell'invalidazione di transazioni concluse con uno strumento concepito per renderle immutabili. Senza contare tutte le questioni che si pongono poi, per gli smart contract, con riguardo alla circolazione dei beni che ne sono oggetto, dal tema della giurisdizione e legge applicabile a quella dell'applicabilità di discipline imperative come ad es. l'impianto delle norme a tutela del consumatore³⁵. Il lavoro di riflessione sull'argomento dovrà dunque proseguire alacremente per poter creare le condizioni giuridiche necessarie per permettere a tali tecnologie di dispiegare appieno il proprio potenziale in questo ambito. Muoviamo a questo punto a considerare l'altro ambito che ci proponiamo di analizzare, i titoli di credito.

3. *La tokenizzazione nell'ambito dei titoli di credito*

Si è visto al paragrafo precedente come la tokenizzazione comporti una possibile rilevante “securitizzazione” dei beni, e dunque un'espansione delle situazioni di rapporto con essi riconducibili a delle forme di titoli di credito, rispetto a quelle sussumibili sotto il paradigma proprietario. Tuttavia, la tokenizzazione irrompe prepotentemente anche nell'ambito dei titoli di credito in senso proprio, apportando una serie di innovazioni molto significative anche in questo ambito.

In particolare, il riferimento è alla tokenizzazione dei titoli di partecipazione al capitale delle società, e specificamente alle *Security Token Offerings* (STOs), *Initial Coin Offerings* (ICOs) e *Initial Exchange Offerings* (IEOs), emerse nei mercati finanziari negli anni recenti³⁶.

³³ Esempi nuovamente tratti da G. Sazandrishvili, *op. cit.* Anche R. Morone, *Smart Properties*, cit., 453, conferma che la “tokenizzazione immobiliare” è quella più difficile da realizzare a diritto vigente.

³⁴ Cfr. M. Vincent, *The Rich Column: using blockchain to help value art*, in *Financial Times*, 17 giugno 2019; cfr. anche E. Schuster, *Cloud Crypto Land*, cit., 10, a proposito della facilità di trasferire su blockchain i soli “beni nativi digitali”.

³⁵ Cfr. in generale M. Cannarsa, L. Di Matteo, C. Poncibò (a cura di), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2019.

³⁶ In generale per una descrizione analitica di queste diverse modalità operative, con inclusione anche delle ITOs (*Initial Token Offerings*), v. tra gli altri S. Voshmgir, *Token Economy: How Blockchains and Smart*

Le STO sono simili all'emissione di titoli tradizionali, ma per l'appunto, in luogo del rilascio di azioni o obbligazioni, portano all'emissione di token, che attribuiscono al loro titolare diritti di vario tipo, dal voto sulle decisioni dell'ente che le ha emesse, alla remunerazione del capitale investito.

Le ICOs, il cui nome ricalca da vicino quello di IPOs (*Initial Public Offerings*, offerta pubblica iniziale)³⁷ sono invece concettualmente diverse, perché - se intese in senso corretto - attribuiscono al loro sottoscrittore soltanto degli *utility token*³⁸, che conferiscono il diritto di ottenere servizi dall'ente che le ha emesse, un ritorno economico a mo' di dividendi o cedole: questi token vengono quindi sottoscritti in parte per ottenere appunto accesso a tali servizi non monetari, in parte nella speranza di un loro apprezzamento e successiva loro liquidazione in cambio di altre criptovalute o denaro fiat³⁹ (se vi è una finalità di investimento, allora il token dovrà in ogni caso essere qualificato come *security* e la relativa offerta andrà quindi assoggettata alla stringente regolamentazione prevista per le sollecitazioni all'investimento).

Contracts Revolutionize the Economy, Berlin, 2019, 198 ss.; per completezza, il quadro si è arricchito di recente anche delle IDOs (*Initial Decentralized Offerings*).

Nella letteratura giuridica, v. ad es. S. Blemus, *Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide*, in *Revue Trimestrielle de Droit Financier*, 2017, 4. Con particolare riferimento alla disciplina europea, cfr. P. Hacker, C. Thomale, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2018, 15, 645 ss.

³⁷ Per un approfondito raffronto tra IPOs e ICOs e conseguente studio delle implicazioni regolatorie, cfr. A. Collomb, P. De Filippi, K. Sok, *Blockchain Technology and Financial Regulation: A Risk-Based Approach to the Regulation of ICOs*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2019, 263 ss.

³⁸ Sulle diverse possibili classificazioni dei token, e sui riflessi che esse hanno in termini di compliance e in particolare sull'obbligo di redigere il prospetto informativo, cfr. l'approfondita analisi di D. Boreiko, G. Ferrarini, P. Giudici, *Blockchain Startups and Prospectus Regulation*, in *European Business Organization Law Review*, 2019, 20, 665 ss., nonché di P. Maume, M. Fromberger, *Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Laws*, in *Chicago Journal of International Law*, 2019, 2, 548, specialmente 558 ss. V. tra i molti M.T. Henderson, M. Raskin, *A Regulatory Classification of Digital Assets*, cit., che mettono in rilievo l'importanza delle considerazioni svolte in un discorso pubblico dal direttore della divisione di *corporate finance* della SEC (W. Hinman, *Remarks at the Yahoo Finance All Markets Summit: Crypto*, 14 giugno 2018, <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>). Secondo quest'ultimo, l'utilizzo di termini come coins, tokens, ICOs avviene talvolta come tentativo di mascherare ciò che sostanzialmente è identificabile come una *security* per sfuggire all'applicazione della regolamentazione sulla registrazione. Hinman precisa inoltre che però in relazione a quei *digital assets* che presentano un sufficiente grado di decentralizzazione, ossia «*where purchasers would no longer reasonably expect a person or group to carry out essential managerial or entrepreneurial efforts*», ci si potrebbe effettivamente trovare al di fuori dalla fattispecie astratta della *security*. Gli Autori propongono poi un loro approccio per capire se un *digital asset*, come i *tokens* emessi tramite ICOs, possa costituire o meno una *security*, e individuano una differenza tra i *minted tokens*, il cui contenuto può essere modificato dal *minter* (coniatore), e i *mined tokens*, in cui il promotore e l'acquirente sono sullo stesso piano perché il codice non può essere unilateralmente modificato. Nel secondo caso, in cui spesso ricadono le ICOs, il requisito della decentralizzazione sarebbe soddisfatto.

³⁹ Sulle ICOs in particolare, cfr. D. Legeais, *Regards sur une opération juridique non identifiée : les ICOs*, *Dalloz*, 2018, pp. 113 ss.; P.P. Pirani, *Gli strumenti della finanza disintermediata: «Initial Coin Offering» e «blockchain»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, 1, 327 ss. Sulla "nebulosità" del rapporto tra promotori di ICOs e acquirenti di token, cfr. S. Cohny, D.A. Hoffman, J. Sklaroff, D. Wishnick, *Coin-Operated Capitalism*, in *Columbia Law Review*, 2019, 119, 591-594.

Infine, le IEOs sono emerse come forma di offerta di un token gestita da un exchange, in alternativa ad una ICO, specialmente negli ordinamenti dove queste ultime sono vietate.

Questi strumenti aprono nuove opportunità di finanziamento per startup e società in genere, e di investimento per clienti retail e istituzionali. Ma chiaramente pongono anch'esse tutta una serie di questioni giuridiche di rilevante impatto.

In primo luogo, la questione della differenziazione tra le diverse categorie di token e conseguente le diverse operazioni ora brevemente delineate non è soltanto teorica, ma ha una diretta rilevanza ad es. in ambito fallimentare, per stabilire l'ordine di soddisfacimento delle varie posizioni creditorie (i titolari di *security token* potrebbero essere assimilabili agli *shareholder*, al contrario chi detiene un *non-security token* è assimilabile ad un *debt-holder*).

Inoltre, i problemi che emergono hanno evidentemente a che fare con la *compliance*⁴⁰. L'emissione di titoli è infatti un'attività fortemente regolamentata in ogni ordinamento, per cui si pone il dubbio della liceità stessa di operazioni come le STOs; ma come detto anche le ICOs stesse sono state vietate in diversi ordinamenti (ad es. Cina e Corea del Sud⁴¹), con appunto la conseguente nascita delle IEOs, che però non necessariamente offrono una miglior protezione dell'investitore retail⁴².

Il tema della protezione dei sottoscrittori rimane dunque aperto, sia con riguardo all'emissione (dove si pone, tra gli altri, il tema dell'obbligo o meno di redigere il prospetto informativo⁴³), sia poi anche con riguardo alla possibile circolazione sul mercato secondario, e da questo punto di vista si distinguono nettamente ordinamenti che hanno aperto a tali innovazioni, come gli Stati Uniti, Svizzera e Malta, da altri che invece adottano un approccio assai più restrittivo⁴⁴.

⁴⁰ Interessanti le riflessioni che si riscontrano al riguardo in A. Gurrea-Martínez, N. Remolina, *The Law and Finance of Initial Coin Offerings*, SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper, No. 2019, 06.

⁴¹ Per via della loro pretesa scarsa affidabilità, come ricordano P. Maume M. Fromberger, *Regulation of Initial Coin Offerings*, cit., 553 ss..

⁴² Binance, *IEO, IFO, IAO, ICO - Token Issuing Considerations*, in *Medium*, 29 gennaio 2018: «IEO is an example where regulatory restrictions on ICOs doesn't necessarily protect retail investors. Instead, it only makes things worse for them».

⁴³ Sul punto, si veda la letteratura riportata sopra, alla nota 38; cfr. in particolare P. Maume, M. Fromberger, *Regulation of Initial Coin Offerings*, cit., 554, i quali riferiscono che, nel momento in cui scrivono, a loro consta che nessun issuer di ICO abbia redatto un prospetto informativo.

⁴⁴ Per un confronto tra disciplina Usa e Ue in materia, cfr. ad es. D. Boreiko, G. Ferrarini, P. Giudici, *Blockchain Startups*, cit., e P. Maume, M. Fromberger, *Regulation of Initial Coin Offerings*, cit.; questi ultimi in particolare affermano che, a dispetto dell'apparente diversità nelle definizioni normative rilevanti e nel conseguente percorso argomentativo, le conclusioni operazionali siano simili tra il diritto Usa (dove si fa applicazione dell'*Howey test*) e il diritto Ue. Più ad ampio spettro, cfr. W.A. Kaal, *Initial Coin Offerings: The Top 25 Jurisdictions and Their Comparative Regulatory Responses (as of May 2018)*, in *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 23 June 2018. Cfr. anche V. Lemma, *FinTech Regulation: Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, London, 2020, specialmente 363 ss.

Parimenti piuttosto complessa è la questione del rispetto della normativa antiriciclaggio⁴⁵ e di quella contenente gli obblighi di adeguata conoscenza della clientela (*Know Your Customer*, KYC), che si pone in evidente tensione con un mondo pseudonimico come quello della blockchain.

Con specifico riguardo all'Italia, al di là dell'intervento normativo ricordato nel paragrafo introduttivo, il dato più rilevante è l'intervento della CONSOB, concretatosi nel Rapporto finale pubblicato il 2 gennaio 2020 su *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*⁴⁶, a chiusura di una fase di consultazione pubblica degli stakeholder avviata sul Documento per la Discussione nel marzo 2019⁴⁷.

Ai nostri fini, ciò che più merita di essere messo in rilievo è in primo luogo la necessità, evidenziata da CONSOB, di tenere conto della superiore normativa armonizzata di livello europeo, che impedisce di introdurre «criteri definitivi aggiuntivi che, nel caso di specie, potrebbero essere rappresentati da quegli ulteriori elementi di distinzione (tra strumenti finanziari e cripto-attività)»⁴⁸: il proposito è quindi quello di creare una categoria autonoma, diversa da quella di strumenti finanziari e prodotti finanziari⁴⁹.

La Consob chiarisce infatti che «sarà necessario, di volta in volta, valutare se i diritti connessi al token possano farlo rientrare in una delle categorie elencate nell'Allegato I del TUF e, quindi, sia in realtà uno strumento finanziario e come tale soggetto al "regime ordinario". Il documento infatti, chiarisce che la disciplina che si intende promuovere è rivolta a disciplinare unicamente le offerte di token non assimilabili agli strumenti finanziari. Si tratta, in particolare dei cd. *utility token*, come chiarito dalla Consob, ossia di quei cryptoasset che incorporano il diritto ad una prestazione futura, che può consistere nella possibilità di utilizzare un bene o ricevere un servizio che l'emittente ha già realizzato o promette di realizzare»⁵⁰. I *security token* (che rientrano negli strumenti finanziari) e i *commodity token* vengono dunque considerati nel Rapporto finale come altra species del più ampio genus *distributed ledger technology*⁵¹ ma risultano esclusi da questa proposta di regolazione.

In ogni caso, ciò si collega alla necessità che il *White Paper*, di cui si anticipa l'obbligatorietà, contenga un riferimento ad un progetto imprenditoriale sot-

⁴⁵ Con riferimento agli aspetti penalistici riguardanti le ICOs, cfr. J. Druart, *Manipulation and Cryptocurrency*, in E. Engle (ed.), *International Corporate Crime Law*, New York, 2019, 334 ss.; in precedenza, si segnala lo studio di L. La Rocca, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, 14(1), 201 ss.

⁴⁶ Disponibile su www.consob.it.

⁴⁷ Disponibile su www.consob.it.

⁴⁸ CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività. Rapporto finale*, 2.

⁴⁹ Cfr. H. Lovells, *Italy issues report on ICOs and cryptoassets exchanges*, in *Lexology*, 3 gennaio 2020.

⁵⁰ Così M. Nicotra, F. Sarzana di S. Ippolito, *Cripto-attività, ICO: ecco le regole Consob nel "rapporto finale"*, in *Agenda Digitale*, 6 gennaio 2020.

⁵¹ CONSOB, *Le offerte iniziali*, cit., 2-3.

tostante (anche se si ammette, ed anzi si richiede, che poi i token possano essere successivamente negoziati in uno o più sistemi di trading).

Rimangono però escluse dall'ambito di operatività delle norme la cui introduzione la CONSOB prefigura (ad opera di sé stessa e del legislatore) con questi documenti «le operazioni di mera tokenizzazione di diritti connessi con il trasferimento di beni mobili o immobili o parti di essi (es. diritti connessi con la proprietà di opere d'arte, immobili, ...). Queste, nella misura in cui non sono ancorate a progetti imprenditoriali concreti e non comportino, quindi, la promessa di un bene/servizio da realizzare, possono prestarsi a comportamenti opportunistici, tesi a raccogliere risparmio in assenza del quadro di tutele tipico garantito dalle vigenti norme di diritto societario, fallimentare e dei mercati finanziari, con riferimento all'attività di impresa, che consentono la più agevole verificabilità della sussistenza dell'attività sottostante»⁵².

Tale considerazione appare viziata da un certo ingiustificato sfavore per questo tipo di attività, che corrisponde a quelle descritte al paragrafo precedente, oltre che problematica sul piano applicativo⁵³.

In definitiva, il regolatore italiano sembra manifestare una volontà di creare un quadro normativo sufficientemente chiaro per gli operatori, pur con la preminente volontà di proteggere gli investitori soprattutto retail, che porta a immaginare divieti o comunque restrizioni stringenti per operazioni dal carattere asseritamente più speculativo, come quelle di “mera tokenizzazione” (che pure invece appaiono portatrici di tutta la serie di potenziali benefici per i mercati, gli operatori, e anche i piccoli risparmiatori, che si sono brevemente illustrate più in alto), e come le STOs, il cui quadro normativo attuale e futuro rimane di più difficile ricostruzione.

4. *Conclusion: da una rivoluzione tecnologica ad una giuridica?*

Da più parti si sottolinea la difficoltà di inquadrare nel diritto esistente innovazioni così dirompenti e si ravvisa di conseguenza una lacuna nella regola-

⁵² CONSOB, *Le offerte iniziali*, cit., 4.

⁵³ Cfr. M. Nicotra, F. Sarzana di S. Ippolito, *Cripto-attività*, cit.: «l'esclusione non appare del tutto chiara, dal momento in cui la CONSOB ne esclude l'applicabilità solamente qualora non riconnesse a progetti imprenditoriali concreti (e, quindi, in assenza di un progetto o servizio da realizzare). Ciò dovrebbe far ritenere, ad esempio, che qualora vengano tokenizzati beni nell'ambito di un'iniziativa economica tesa poi ad offrire servizi ricollegati a tali beni, ci si potrebbe avvalere del regime di *opt-in* proposto dall'Autorità di controllo che prevede, sostanzialmente, una deroga all'applicazione delle discipline relative al prospetto d'offerta e alla promozione e collocamento a distanza per le crypto-attività che integrino la nozione domestica di prodotto finanziario. Ciò in quanto l'obiettivo primario dell'intervento è duplice: si intendono, infatti, favorire le iniziative imprenditoriali basate su queste nuove tecnologie contemporaneamente tutelando il pubblico dei potenziali (e reali) investitori».

zione di tali fenomeni⁵⁴. Tipicamente, tale considerazione è poi a sua volta la premessa che conduce ad invocare l'introduzione di nuove regole per dare chiarezza agli operatori e consentire loro di essere certi di agire nella legalità⁵⁵.

Si tratta di un atteggiamento molto frequente con riguardo a tutti i campi di interazione tra diritto e nuove tecnologie, che però io credo meriti di essere messo in discussione.

È infatti certamente vero, come io stesso ho provato a mettere in luce, che innovazioni come quelle descritte nel presente lavoro, dalla *smart property* alle STOs, ICOs e IEOs, sfidano le categorie tradizionali e mettono gli operatori e gli interpreti di fronte a notevoli difficoltà applicative. Riconciliare un diritto per così dire analogico e una realtà economica digitale non è certamente semplice, talvolta anzi si tratta di un compito insormontabile⁵⁶.

Tuttavia, la conseguenza da trarne non appare essere nel senso della necessità di invocare nuove regole da parte del legislatore o regolatore, così da esser certi della liceità di quanto viene emergendo. Io credo infatti che sia bene prestare attenzione al rischio che un simile atteggiamento finisca, pur nella possibile inconsapevolezza di chi se ne fa portatore, per dare alimento al principio opposto a quello su cui si dovrebbe fondare il nostro ordinamento, e fino a prova contraria effettivamente si fonda, ovvero il principio di generale liceità di tutte le attività non espressamente vietate (*presumption of liberty*, per dirla all'americana⁵⁷).

Tale risulta in effetti la lettura preferibile da dare all'articolo 41 della Costituzione, secondo la tesi espressa da Giovanni Bognetti, secondo cui l'Assemblea costituente «aveva fatto la scelta di un sistema poggiate sulla libertà di mercato e sul capitalismo privato, con soli secondari profili di interventismo statale regolatorio»⁵⁸. Sfortunatamente, tale tesi non ha goduto del favore che meritava,

⁵⁴ Cfr. ad es., con riguardo alle criptovalute, le riflessioni di A. Miglionico, *Disintermediazione e digitalizzazione della moneta nel mercato finanziario*, in F. Capriglione (a cura di), *Liber Amicorum Guido Alpa*, Milano, 2019, 525 ss., e in particolare 533 ss..

⁵⁵ Cfr. ad es. P. Laurent, T. Chollet, M. Burke, T. Seers, *op. cit.* Sugli ostacoli nel trasferimento su blockchain di un sistema giuridico (e su alcune possibili risposte, pur ritenute insufficienti, tra cui l'impiego dei cosiddetti oracoli), cfr. E. Schuster, *Cloud Crypto Land*, cit., in particolare 20-29; v. anche R. Lener, *Tecnologie e attività finanziaria*, in *Riv. Trim. Dir. Eco.*, 2019, 3, 267, 279 ss.; nonché P. Cuccuru, *Blockchain e automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contracts*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2017, 1, 107 ss.

⁵⁶ P. Maume M. Fromberger, *Regulation of Initial Coin Offerings*, cit., 563, osservano tra le altre cose che un punto nodale è che i tokens circolano tramite il Web e quindi sfuggono alle singole legislazioni nazionali, soprattutto poiché uno Stato avrà difficoltà ad agire con riferimento tokens emessi in un altro Stato: vi è certamente consenso sul fatto che il fenomeno andrebbe regolato, ma rimane incerta la modalità. Per interessanti riflessioni su temi connessi, cfr. C. Reyes, *Conceptualizing Cryptolaw*, in *Nebraska Law Review*, 2017, 2, 384 ss. che propone di trattare in generale il "computer code" come diritto straniero.

⁵⁷ Cfr. R.E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, 2003.

⁵⁸ G. Bognetti, *Per una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione (appunti a margine di un libro di S. Bartole)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Simili considerazioni di questo Autore si leggono anche in *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. 2, *Diritti e libertà*, Roma-Bari, 2006, 177 ss.; *Teorie della Costituzione*

al punto da indurre com'è noto il legislatore ad affermare appunto la *presumption of liberty* (ma con norma di rango primario, con tutti i limiti del caso, e dunque dal mero – e paradossalmente controproducente – valore simbolico)⁵⁹.

Appare però quanto mai opportuna la sua riaffermazione, anche alla luce dell'influenza esercitata dal diritto europeo⁶⁰. calando tali considerazioni nel contesto qui considerato, in ogni caso, la tokenizzazione, così come l'attività di mining di Bitcoin (o, analogamente, lo sviluppo dell'intelligenza artificiale o la raccolta di big data⁶¹), deve pertanto presumersi lecita, fintantoché non esista una norma che espressamente la vieti o ne conformi l'esercizio.

Questo rovesciamento di prospettiva, oltre ad avere un'importante valenza simbolica, ha la conseguenza di porre l'onere della prova in capo alle autorità, che saranno loro a dover dimostrare che un'attività nuova viola il diritto esistente, o

e diritto giurisprudenziale, Relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Milano l'11-12 ottobre 2002, disponibile su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁹ Art. 3, Decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148.

⁶⁰ In argomento, v. tra i molti F. Gilioli, *Costituzione economica italiana ed europea: riflessioni alla luce del principio di coesione*, *Il Politico*, 2009, 3, 232 ss..

⁶¹ Nella già vastissima bibliografia in argomento, si segnalano, con particolare riferimento ai *big data*, i seguenti lavori che esplorano i profili di legittimità della loro raccolta: K.M. Manheim, L. Kaplan, *Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2019, 21, 106 ss.; S. Wachter, B. Mittelstadt, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, in *Columbia Business Law Review* 2019, 2, 494 ss.; A.D. Chirita, *The Rise of Big Data and the Loss of Privacy*, in M. Bakhoun, B. Conde Gallego, M.-O. Mackenrodt, G. Surblytė-Namavičienė (a cura di), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?*, Berlin-Heidelberg, 2018, 153-189; D.R. Desai, J.A. Kroll, *Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2017, 1; T. Zarsky, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, in *Seton Hall Law Review*, 2017, 47, 995 ss.; E.M.L. Moerel, C. Prins, *Privacy for the Homo Digitalis: Proposal for a New Regulatory Framework for Data Protection in the Light of Big Data and the Internet of Things*, disponibile su SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2784123>, 2016; N.M. Richards, J. King, *Big Data and the Future for Privacy*, in F.X. Ollerros, M. Zhegu (a cura di), *Research Handbook on Digital Transformations*, Cheltenham, UK, 2016; D.K. Citron, F.A. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, 89, 1 ss.; K. Crawford, J. Schultz, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in *Boston College Law Review*, 2014, 55, 93 ss.; I. Rubinstein, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 2, 64 ss.

Problemi specifici e particolarmente attuali sono poi quelli posti dall'impiego di big data da parte della pubblica amministrazione, su cui v., ad es.: R. Brauneis, E.P. Goodman, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, in *Yale J. of Law & Tech*, 2018, 20, 103 ss.; K.C. Desouza, B. Jacob, *Big Data in the Public Sector: Lessons for Practitioners and Scholars, Administration and Society*, 2017, 7, 1043 ss.; C. Fredriksson, F. Mubarak, M. Tuohimaa, M. Zhan, *Big Data in the Public Sector: A Systematic Literature Review*, in *Scandinavian Journal of Public Administration*, 2017, 3, 39 ss.; T. Scassa, *Law Enforcement in the Age of Big Data and Surveillance Intermediaries: Transparency Challenges*, in *SCRIPTed*, 2017, 2, 239; M. Maciejewski, *To Do More, Better, Faster and More Cheaply: Using Big Data in Public Administration*, *International Review of Administrative Sciences*, 2016, 83(1_suppl), 120; A. Washington, *Big Data and Public Sector Information*, in *Online International Forum on Postal Big Data, UPSOIG, GMU School of Public Policy Research Paper No. 2014, 04*, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2386150> (2014). V. infine anche le considerazioni di R. de Caria, *Ritorno al futuro: le ragioni del costituzionalismo 1.0 nella regolamentazione della società algoritmica e della nuova economia a trazione tecnologica*, in *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 2019, 3, 92 ss.

eventualmente a provvedere al suo divieto tramite nuove norme: ma fino a quel momento l'attività si presumerà consentita.

Naturalmente, è ben possibile che, come io stesso ho messo in luce, che il diritto esistente, almeno in certi ordinamenti, sia incompatibile con talune innovazioni portate dalla tokenizzazione della ricchezza. Le considerazioni accennate con riguardo tanto alla tokenizzazione dei diritti di proprietà, quanto a quella in ambito di titoli di credito, confermano in effetti che il diritto positivo può essere difficoltoso da riconciliare con nuove pratiche, o all'inverso le nuove pratiche difficili da ricondurre alle categorie esistenti (si pensi all'intermediazione notarile, ma anche alla nozione di "strumento finanziario" della MiFID)⁶².

Parimenti, è ben possibile che esse vengano espressamente vietate da nuove regole introdotte per l'occasione, come appunto è capitato con il divieto di ICOs introdotto in alcuni Paesi. O in ogni caso, nuove norme che frenino alcune apparentemente inevitabili evoluzioni dei rapporti giuridici per effetto dell'evoluzione tecnologica possono essere legittimamente invocate, oppure si può invocare una reinterpretazione delle regole esistenti con la stessa finalità. È il caso ad es. di quanto fa Fairfield, autore di cui ho citato ampi stralci di un articolo, il quale, in un libro dal titolo emblematico, *Owned* (che di quell'articolo riprende alcune parti), invoca una "riappropriazione" in capo ai piccoli proprietari tradizionali delle prerogative fatte proprie dai nuovi *smart owners*, ovvero grandi corporation e in certa misura pure governi: «*I believe a resurgence of traditional property rules applied to digital and smart property could help increase the range of human possibilities by putting more power into ordinary owners' hands*»⁶³.

Tuttavia, a mio avviso lo sforzo prioritario del giurista desideroso di favorire l'innovazione dovrebbe pur sempre essere quello di portare le ragioni a favore dell'eliminazione dei divieti eventualmente già esistenti, e contro l'introduzione di nuovi. Le categorie giuridiche attuali, infatti, appaiono in grado di far posto anche ad un fenomeno nuovo come la tokenizzazione: possiamo godere dell'at-

⁶² Ad es., P. de Filippi, A. Wright esprimono la tesi secondo cui l'attuale quadro giuridico non appare «in grado di rispondere alle domande sollevate dalla smart property se sviluppate su larga scala a livello globale» (mia traduzione di D. Tapscott, A. Tapscott, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money*, New York, 2018, 264, che così ricostruiscono il pensiero espresso dai due autori citati in un'intervista loro rilasciata. Interessante, alla medesima pagina, la frase riportata da un'intervista al citato Fairfield: «*The common law isn't affecting technology law; the common law is technology law*»); v. anche P. de Filippi, A. Wright, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, disponibile su SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664, che è stato tra i lavori poi ripresi nel loro ben noto, *Blockchain and the Law*, Cambridge, 2018. In generale sul tema, v. ancora, tra i molti, O. Stratiev, *Cyprocurrency and Blockchain: How To Regulate Something We Do Not Understand*, in *Bank Fin. L. Rev.*, 2018, 33(2), 173 ss.; nonché, ancor più in generale, R. de Caria, *Old Is Sometimes Better: The Case for Using Existing Law to Face the Challenges of the Digital Age*, in *Cambridge L. Rev.*, 2019, 4(2), 68 ss.; W.A. Kaal, E.P.M. Vermeulen, *How to Regulate Disruptive Innovation. From Facts to Data*, in *Jurimetrics*, 2017, 2.

⁶³ J.A.T. Fairfield, *Owned: Property, Privacy, and the New Digital Serfdom*, Cambridge, 239 (si noti che qui "smart property" è impiegato in senso lato).

tuale rivoluzione tecnologica, ed esplorarne appieno il potenziale, senza necessità di avventurarci in un'assai più impervia rivoluzione giuridica⁶⁴.

Confortano, in questa prospettiva, le parole del pioniere mondiale della ricerca sugli smart contract, Nick Szabo, riferite al *common law*, ma valide a mio avviso anche per i sistemi di derivazione romanistica, e che paiono dunque quanto mai adeguate nel concludere il presente lavoro: «*The contract, a set of promises agreed to in a “meeting of the minds”, is the traditional way to formalize a relationship. The contract is the basic building block of a market economy. Over many centuries of cultural evolution has emerged both the concept of contract and principles related to it, encoded into common law. Such evolved structures are often prohibitively costly to rederive. If we started from scratch, using reason and experience, it could take many centuries to redevelop sophisticated ideas like contract law and property rights that make the modern market work. But the digital revolution challenges us to develop new institutions in a much shorter period of time. By extracting from our current laws, procedures, and theories those principles which remain applicable in cyberspace, we can retain much of this deep tradition, and greatly shorten the time needed to develop useful digital institutions*»⁶⁵. Molto meglio quindi non (ri)partire “*from scratch*”, ma fare saggio uso di quanto tramandatoci in secoli di evoluzione giuridica.

⁶⁴ Cfr. ancora R. de Caria, *Old is Sometimes Better*, cit.

⁶⁵ N. Szabo, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, 2(9) in *First Monday*, 1997, 2(9). Questo passaggio, che apre l'articolo di Szabo, è riportato (senza la primissima frase e suddiviso in due parti) da T. Swanson, *Great Chain of Numbers*, cit., 28-29, che riferisce anche interessanti commenti al riguardo di Preston Byrne, di cui si può leggere ad es. l'articolo *Cryptocurrency Gets Real*, in *The Epoch Times*, 17 marzo 2014.

Il diritto di fronte alla tokenizzazione dell'economia

L'articolo individua ed analizza le principali questioni poste dalla cosiddetta tokenizzazione dei beni di rilevanza economica, ovvero la tendenza a convertire la ricchezza in token digitali, e poi emetterli su piattaforme basate su una blockchain tramite smart contract.

Il lavoro contribuisce ad affrontare le molteplici questioni giuridiche che la tokenizzazione solleva, allo scopo di favorire una riflessione più generale sul tema se l'attuale rivoluzione tecnologica richieda o meno anche una rivoluzione giuridica.

Lo studio si articola lungo due direttrici: diritto della proprietà e dei mercati finanziari e contribuisce a chiarire l'incerto quadro giuridico in cui queste nuove pratiche si compiono.

La tokenizzazione è infine presa come campo privilegiato di indagine sul rapporto tra diritto e nuove tecnologie: il diritto attuale è attrezzato per la rivoluzione tecnologica in atto? Va ripensato? Sarà sostituito dal codice informatico?

La conclusione è che l'attuale rivoluzione tecnologica non deve necessariamente comportare una rivoluzione giuridica.

The law and the tokenised economy: main issues and perspectives

The article identifies and analyses the main issues raised by the so-called tokenisation of assets of economic value, i.e. the tendency to convert wealth into digital tokens and then issue them on blockchain-based platforms through smart contracts.

The work helps to address the multiple legal issues that tokenisation raises in order to foster a more general reflection on whether or not the current technological revolution also requires a legal revolution. The study is structured along two lines: property law and securities law, and helps to clarify the uncertain legal framework in which these new practices take place.

Finally, tokenisation is taken as a privileged field of investigation into the relationship between law and new technologies: is current law equipped for the current technological revolution? Should it be reconsidered? Will it be replaced by computer code? The conclusion is that the current technological revolution need not necessarily entail a legal revolution.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

CARLOS BOTAZZI, Università de La Plata - Argentina (carlosbotassi@speedy.com.ar)

ELISABETTA CODAZZI, Ricercatrice e Professore aggregato di Diritto commerciale, Università degli Studi dell'Insubria (elisabetta.codazzi@uninsubria.it)

MARIO E. COMBA, Professore ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino (mario.comba@unito.it)

STEFANO D'ANCONA, Ricercatore di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano (stefano.dancona@unimi.it)

RICCARDO DE CARIA, Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università di Torino (riccardo.decaria@unito.it)

MAXIMILIAN DENICOLÒ, Dottore in Giurisprudenza, Università L. Bocconi (max.denicolo@hotmail.de)

MARIANO FAZIO, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo (mariano.fazio@uninsubria.it)

GIACOMO GARGANO, Professore associato di Diritto Amministrativo, Università Kore di Enna (giacomo.gargano@unikore.it)

ILARIA GENUESSI, Avvocato, Docente a contratto, Università degli Studi di Bergamo (ilaria.genuessi@unibg.it)

ANNALaura GIANNELLI, Professore Associato, Università telematica G. Fortunato (a.giannelli@unifortunato.eu)

GEREMIA GIOS, Professore Ordinario di Economia ed Estimo rurale, Università degli Studi di Trento (geremia.gios@unitn.it)

ARMANDO GIUFFRIDA, Dottore di ricerca, Università del Piemonte Orientale (armando.giuffrida@uniupo.it)

FRANCESCO GOISIS, Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano (francesco.goisis@unimi.it)

PAOLA GRAZIOLI, Avvocato, Dottore di ricerca in Formazione della persona e mercato del lavoro, Università degli Studi di Bergamo (p.grazioli@unibg.it)

CLAUDIA HERNANDEZ LOPEZ, Profesora Ayudante Doctora de Derecho administrativo de la Universidad de La Laguna (chernanl@ull.edu.es)

PIER LUIGI NOVI INVERARDI, Professor titular da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Brasil (fmenezes@usp.br)

MARIA LILLÀ MONTAGNANI, Professoressa Associata di Diritto Amministrativo, Università commerciale L. Bocconi (lilla.montaganani@unibocconi.it)

MARCO MACCHIA, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università di Roma Tor Vergata (marco.macchia@uniroma2.it)

GIOVANNI MULAZZANI, Dottore di ricerca in Diritto Amministrativo, Università di Bologna (giovanni.mulazzani2@unibo.it)

ALESSANDRO PAIRE, Avvocato, Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, Università di Torino (alessandro.paire@gpavvocati.it)

RAFFAELE PICARO, Professore Ordinario di Diritto Privato, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” (raffaele.picaro@unicampania.it)

ANNA PORPORATO, Ricercatore in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino (annamaria.porporato@unito.it)

RENATO ROLLI, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università della Calabria (renatorolli@hotmail.com)

GIAMPAOLO ROSSI, Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre (giampaolo.rossi@gmail.com)

BRUNELLA RUSSO, Professore Associato di Diritto dell’Economia, Università di Messina (brusso@unime.it)

FILIPPO SALVIA, già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo (filippo.salvia@unipa.it)

FABIO SAPONARO, Professore Associato di Diritto Tributario, Unitelma Sapienza Università degli Studi di Roma (fabio.saponaro@unitelmasapienza.it)

MATTEO TIMO, Ricercatore in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Genova (matteo.timo@unige.it)

SARA TOMMASI, Professore Associato di Diritto Privato, l’Università del Salento (sara.tommasi@unisalento.it)

RICCARDO TREMOLADA, LL.M. (Harvard Law School, Fulbright Scholar); Ph.D. (Università degli Studi di Napoli ‘Federico II’), S.J.D. (Shanghai Jiaotong University) (rtremolada@cgsh.com)

RICCARDO TREMOLADA, Professore Associato di Diritto amministrativo, Università Telematica e-Campus (giorgio.vercillo@unicampus.it)

FRANCESCO VETRÒ, Professore Associato di Diritto Amministrativo, Università del Salento (francesco.vetro@unisalento.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it