

Il diritto dell'economia

ISSN 1123-3036

rivista quadrimestrale
open access di dottrina,
giurisprudenza
e documentazione

aprile 2023

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

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 69, n. 110 (1-2023)



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 Jugoslavia, 14, 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 4.0 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 2023

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Universidad de La Plata - Argentina)
Daniele M. Cananzi	(Università Mediterranea di Reggio Calabria)
Omar Chessa	(Università degli Studi di Sassari)
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 Luiss di Roma)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amoroso	(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)
Domenico Siclari †	(Università per stranieri "D. Alighieri" di R. Calabria)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)
Sara Tommasi	(Università del Salento)
Francesco Vetrò	(Università di Parma)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)	Annalaura Giannelli	Andrea Primerano
Giovanni Barozzi Reggiani	Rosamaria Iera	Elisabetta Romani
Lorenzo Bimbi	Giuseppe La Rosa	Giuseppe Carlo Ricciardi
Lorenzo Caruccio	Alberto Marcovecchio	Susanna Quadri
Elisabetta Codazzi	Calogero Micciché	Francesco Scalia
Michela Colapinto	Viviana Molaschi	Mauro Silvestri
Mariaconcetta D'Arienzo	Saul Monzani	Silla Vernile (deleg. dal Direttore)
Letterio Donato	Clara Napolitano	Alice Villari
Silia Gardini (deleg. dal Direttore)	Pasquale Pantalone (deleg. dal Direttore)	Patrizia Vipiana
	Michela Petrachi	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.

Questo numero della Rivista ha la particolarità di uscire quando è stato appena licenziato l'importante numero speciale (*Percorsi di circolarità, tra diritto ed economia*), curato da Silia Gardini e dedicato a uno dei temi più importanti dell'epoca che stiamo vivendo. Preziosa è parsa l'occasione di ospitare, quale "editoriale" dell'ordinario n. 1 (in realtà, si tratta di un vero e proprio articolo), un saggio di Francesco de Leonardis. Il lavoro definisce la cornice normativa generale in cui si può collocare anche l'indagine sull'economia circolare e, focalizzando i principali problemi giuridici del settore, costituisce il raccordo più adeguato tra le varie parti della Rivista.

Indice n. 110 (1-2023)

Editoriale

<i>Francesco de Leonardis</i> , Sustainable production as a driver for rewriting European Treaties*	»	I-XVII
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	---	--------

ARTICOLI E SAGGI

<i>Walter Giulietti</i> , La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali	»	11
<i>Francesco Vetrò, Giovanni Lombardo, Michela Petrachi</i> , L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici.....	»	31
<i>Paolo Michiana</i> , La rigenerazione dei territori urbanizzati. Frammenti di una nozione ...	»	65
<i>Marco Gaetano Pulvirenti</i> , Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione	»	107
<i>Anna Maria Chiariello</i> , Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici	»	141
<i>Salvatore Palumbo</i> , La transizione digitale della pubblica amministrazione italiana nella prospettiva europea. Considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza	»	163
<i>Gianluca Groe</i> , La continuità: esigenza sociale e paradigma di democrazia	»	195
<i>Roberta lo Conte</i> , I <i>Third Party Providers</i> e l'accesso ai conti bancari nella disciplina giuridica dei servizi di pagamento: problemi e prospettive	»	211
<i>Francesco Manganaro, Rocco Parisi</i> , Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose.....	»	251
<i>Gabriele Bottino</i> , Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione	»	273
<i>Alessandro Cioffi</i> , La norma interna nell'ordinamento giuridico	»	287
<i>Riccardo de Caria</i> , Il dibattito sull' <i>online speech</i> : alla ricerca di un fondamento ideologico solido e coerente, tra libertà di espressione, " <i>economic speech</i> " e libertà di iniziativa economica	»	301
<i>Clemente Pio Santacroce</i> , PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo.....	»	335
<i>Gianfrancesco Fidone</i> , Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un <i>patto</i> tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione	»	373

<i>Elisa Valeriani</i> , Strumenti contrattuali per la Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica»: il ruolo degli <i>energy performance contracts</i>	»	397
<i>Antonino Ilacqua</i> , L'ascesa dei <i>golden powers</i> . Dallo Stato imprenditore alla Stato protettore	»	429
<i>Pierre de Gioia Carabellese, Camilla Della Giustina</i> , Il <i>right to landscape</i> (il diritto al panorama): dall'ordinamento privato all'ordinamento pubblico, attraverso il <i>common law</i> inglese	»	453
NOTE SUI COLLABORATORI		479

Sustainable production as a driver for rewriting European Treaties

Francesco de Leonardis

SUMMARY: 1. The Italian constitutional reform of 2022: a model to be followed also in Europe? – 2. The change of perspective in European policy documents. – 3. The Circular Economy in European law. – 4. The need to amend European Treaties.

1. *The Italian constitutional reform of 2022: a model to be followed in Europe as well?*

In 2022 in Italy, for the first time in the history of the Republic, the initial part of the Constitution (that came into force in 1948) on fundamental principles was amended¹.

Constitutional Law n° 1/2022 has recently integrated article 9, which now states: «1. The Republic shall promote the development of culture and of scientific and technical research. 2. It shall safeguard the natural beauties and the historical and artistic heritage of the Nation. 3. *It shall safeguard the environment, biodiversity and ecosystems, also in the interest of future generations. State law shall regulate the methods and means of safeguarding animals.*» (new parts in italics).

The part of the Italian Constitution on “Economic Relations” (i.e., Title III of Part I on the “Rights and Duties of Citizens”) was also amended, specifically article 41, the text of which now states that «1. Private economic enterprise shall have the right to operate freely. 2. It cannot be carried out in conflict with social utility or in such a manner as may harm *health, the environment*, safety, liberty and human dignity. 3. The law shall determine appropriate programmes and

¹ Among the works of Italian doctrine written in English about environmental protection in the Italian Constitution before the reform of 2002, see F. Fracchia, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, Napoli, 2015, 105-112.

checks to ensure that public and private economic enterprise activity be directed at and co-ordinated for social *and environmental* purposes» (new parts in italics).

There have been numerous comments on this reform by the doctrine, with judgments sometimes favourable, sometimes critical and, in other cases, differentiated in relation to the two amended constitutional provisions².

Most of the contributions focused on the amendment of article 9³. There was, however, no shortage of reflections on article 41 in which it was pointed out that this very article could become the basis legitimizing a real re-design of the economy and markets in a sustainable sense by the public authorities and with the involvement of businesses⁴.

Starting from this last very innovative constitutional provision (similar provisions are contained only in the French Constitution⁵), this contribution aims to show how a transformation process similar to the one that took place in Italy is already underway in European law as well⁶.

² See, e.g., G. Cocco, voce *Ordinamento costituzionale*, in Codice dell'Ambiente, *Profili generali e speciali*, a cura di S. Nespor, L. Ramacci, Milano, 2022, 152 ss.; M. Cecchetti, *Virtù e limiti degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, 2022, 1 (published as an introduction also in Atti del Convegno Aidambiente, 28 January 2022, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Napoli, 2022, 9); A. Morrone, *L'«ambiente» nella Costituzione. Premesse di un nuovo «contratto sociale»*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 91; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022 (published also in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 69); E. Chiti, In motu. *L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, in Atti del convegno Aidambiente, cit., 183; A. Police, *Il diritto costituzionale dell'ambiente in Europa. Discorrendo con Edoardo Chiti e Massimo Monteduro*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 211; M. Monteduro, *Riflessioni sulla «primazia ecologica» nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, in Atti del convegno Aidambiente, cit., 221; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1; A.O. Cozzi, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, 2021, 4, 3391 ss. Finally see F. de Leonardis, *La riforma «bilancio» dell'art. 9 Cost. e la riforma «programma» dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale m. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 28 February 2022 (published also in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 49).

³ See for example F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in «negativo»*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 123; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in www.giustiziansieme.it, 22 September 2021.

⁴ L. Cassetti, *La riforma dell'art. 41 della Costituzione: modello economico e tutela dell'ambiente*, in *Federalismi*, 2022, 4 (special issue «Scritti in onore di Paola Bilancia») and also published in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 141; B.G. Mattarella, *Le nuove previsioni dell'art. 41 della Costituzione in materia di ambiente*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 165; M. Ramajoli, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in Atti del Convegno Aidambiente, cit., 169.

⁵ The Charter for the Environment of France's Constitution states in art. 6 that «public policies shall promote sustainable development. To this end they shall reconcile the protection and enhancement of the environment with economic development and social progress». The Charter for the Environment is a constitutional law of France approved in 2005, forming part of the constitutional block (*bloc de constitutionnalité*) of French law having the same force as the Constitution.

⁶ See the UNEP reports, *New frontiers in Environmental Constitutionalism*, 2017; *Environmental Rule of Law*, 2019 and *Rule of Environmental Law and its Failures*, 2019. In Europe, see *The Costs of not Implementing Environmental Law*, Bruxelles, 2019.

For the time being, the evidence of this evolution from a completely “indifferent” European Union with respect to production, and to the market and its dynamics⁷, to a European legal system that is moving decisively in the direction of shaping the economy and the production of goods and services in an environmental sense, can be seen very clearly in the policy acts⁸ and in secondary law. This change in trajectory could soon affect the highest levels of European law, i.e., the law of the Treaties⁹.

As is well known, while there are numerous regulations in the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union and the Charter of Nice, that deal with the environment, which will be briefly reviewed in the last section of this contribution; none of them refer to the environment as an interest that “dictates” the transformation of the economy¹⁰.

2. *The change of perspective in European policy documents*

The European political-programmatic documents – from which emerges the need for transformation of production models already referred to in article 8 of the Rio Declaration and in chapter 8 of the 1987 report “Our Common Future”¹¹ – which should be analysed in this perspective, are numerous and for reasons of brevity we will limit ourselves to recalling the most relevant ones.

⁷ The liberal tradition (*libertarian cluster*), which ideologically found its point of reference in the American Constitution, was against the inclusion of environmental protection except as administrative regulation of polluting activities: see, for example, R. Lazarus, *The Making of Environmental Law*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 2008. In general on the European Economic Constitution see S. Cassese, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 6, 907 and R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *Federalismi.it.*, 2019.

⁸ It particularly emphasises the importance of policy choices: A. Jordan and V. Gravey, *Environmental Policy in the EU. Actors, Institutions and Processes*, London, 2021.

⁹ See E. Chiti, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union (Introduzione al Simposio “Gestire la transizione ecologica dell’Unione europea”)*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 1, 9-13.

¹⁰ See generally H. Genot, D. Tarlock, D.L. Laswell, *The Current Global Outlook: how is Industry doing in meeting the Rio Declaration Goals*, in *John Marshall Law School*, 1999, 292; A. Ambroziak (ed.), *The New industrial Policy of the European Union*, Springer, 2017; J. Cameron, *Globalization and the Ecological State*, in *Review of European Comparative & International Law*, 1999, 8, 243ss.; K. Backstrand, A. Kronsell, *Rethinking the Green State: Environmental Governance Towards Climate and Sustainability Transitions*, London, 2015; D. Rodrik, *Green industrial policy*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2014, 3.

¹¹ W. Lang (ed.), *Sustainable Development and International Law*, London, 1995; P. Sands, *International law in the Field of Sustainable Development*, in *British Yearbook of International Law*, 1994, 65, 303 ss.; A.B.M. Marong, *From Rio to Johannesburg: Reflections on the Role of International Legal Norms in Sustainable Development*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2003, 21 ss.; M.C. Cordonier Segger, A. Khalfan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford, 2004; N. Schrijver, *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, 2004; Id., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, in *Recueil des cours*, 2007, 329, 217 ss; A. Djoghlaflaf, *The Concept of Sustainable Development*, in *Environmental Policy and Law*, 2006, 211 ss.

These include a dozen documents such as the communication on *Integrated Product Policy* from 2003; the 6th, 7th and 8th *Environmental Action Plans* from 2002, 2013 and 2022 respectively; the 2018 European *Bioeconomy Strategy* (the first version was published in 2012); the 2019 European *Green Deal*; some 2020 documents such as the *EU Biodiversity Strategy*¹², the *Farm to Fork Strategy*, the *Circular Economy Action Plan*¹³, the *Critical Raw Materials Action Plan*¹⁴, the *2020 Industrial Strategy*¹⁵ and the *EU Soil Strategy for 2030*¹⁶.

The *Integrated Product Policy Building on Environmental Life-Cycle Thinking* of 2003¹⁷ has the merit of being the first policy document at European level to clearly point out that the production of goods and services can play a very important role in favour of sustainable development. Consequently, a “product dimension” in environmental policy is necessary¹⁸.

Already at the beginning of the 2000s, Europe was therefore demonstrating that sustainable production was not just one of the elements of the implementation measures of any thematic strategy for environmental protection, but one of its essential pivots.

These concepts are taken up explicitly in some of the eight environmental action programmes (also called “action plans”) that have followed since 1973 until today: references to sustainable production, already present in passing since

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Eu Biodiversity Strategy for 2030 Bringing nature back into our lives*, Brussels, 20 May 2020 COM(2020) 380 final.

¹³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe*, Brussels, 11 March 2020, COM(2020) 98 final.

¹⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards greater Security and Sustainability*, Brussels, 3 September 2020, COM(2020) 474 final.

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A New Industrial Strategy for Europe*, COM (2020) 102 final, 2.

¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU Soil Strategy for 2030. Reaping the benefits of healthy soils for people, food, nature and climate*, COM (2021) 699 final. See, especially, par. 4.3 and 6.2.

¹⁷ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, *Integrated Product Policy Building on Environmental Life-Cycle Thinking*, Brussels, 18 June 2003, COM(2003) 302 final.

¹⁸ The focus shifts decisively from point source pollution protection to product design: it is worth quoting literally: «up to now, product-related environmental policies have tended to focus on large point sources of pollution, such as industrial emissions or waste management issues. Often these have been successful. Now, however, it is becoming clear that they need to be complemented by a policy that looks at the whole of a product’s lifecycle, including the use phase» (par. 2). See R. Malcolm, *Integrated Product Policy?, a New Regulatory Paradigm for a Consumer Society*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2005, 14, 5, 134-144.

the Fifth Action Plan¹⁹, begin to be frequent from the *Sixth Environmental Action Programme of 2002*²⁰.

It states that one of the objectives of European environmental policies is precisely to create «more sustainable production and consumption patterns» and to this end, not only should penalty systems for non-compliant companies be envisaged, but «schemes should be introduced to reward good performance»²¹.

There is a growing realization that the “regulatory approach”, whereby results are fundamentally expected from public authority intervention, is no longer sufficient and that there is a need to vary the strategy so as «to influence decisions made by business, consumers, citizens and policy planners»²² i.e. that in order to achieve environmental results, it is essential to involve the economic system²³.

Particularly relevant from the point of view of changing the perspective and shaping the economy and production as an “irreplaceable ally” of environmental protection is the *Seventh Environmental Action Programme covering the period 2013-2020*²⁴.

The title of this action plan “Living well, within the limits of our planet” literally refers to the presence of something external, physical, real, and objective with which we have to contend and which imposes the need to reform global economies²⁵.

The systemic reorientation of production in a green direction²⁶ (or the provision of a genuine product policy) is explicitly mentioned among the instruments that can be used to «ensure that economic and social progress is achieved within

¹⁹ This resolution of 1 February 1993 (Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 1 February 1993 on a *Community programme of policy and action in relation to the environment and sustainable development*) stated that the Member States agree “that the achievement of sustainable development calls for significant changes in current patterns of development, production, consumption and behaviour”.

²⁰ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the *Sixth Environment Action Programme of the European Community Environment 2010: Our future, Our choice*, COM(2001) 0031 final.

²¹ *Sixth Environment Action Programme*, cit., Executive Summary, Context for the new programme. In addition to these actions to be implemented in order to steer the market in a certain direction, there are also actions to inform consumers so that they can choose the most environmentally friendly products; to eliminate public subsidies in favour of environmentally harmful practices; to encourage companies to innovate, perhaps by seizing the opportunities offered by the use, development and dissemination of clean technologies.

²² *Sixth Environment Action Programme*, cit., par. 2.

²³ R. Malcolm, *Life Cycle Thinking as a Legal Tool: a Codex Rerum*, in *Law, Environment and Development Journal*, 2019, 215, 2, 13.

²⁴ Decision no. 1386/2013/EU of the European Parliament and the Council of 20 November 2013, on a General Union Environment Action Programme to 2020 *Living well, within the limits of our planet*.

²⁵ The *Seventh General Programme for Action* makes it clear that exceeding these limits leads to irreversible changes with potentially disastrous consequences for human beings. It also points out that respecting the Planet’s ecological limits has become “imperative”, since transgressing them implies the risk of exceeding the point of no return.

²⁶ F. Preston, *A global redesign? shaping the circular economy*, in *Energy, Environment and Resource Governance*, London, 2012

the carrying capacity of the Earth»²⁷. Hence the need to change production and consumption patterns since, again according to this action plan, without these changes any efforts to protect the environment would be doomed to failure²⁸.

The reorientation of production and consumption systems²⁹ therefore requires the collaboration of public authorities and the market. Both are essential and ineliminable in order to preserve the Planet, man and other species and ecosystems³⁰. What is needed is a «balanced mix of incentives for consumers and businesses (including SMEs), market-based instruments and regulations to reduce the environmental impacts of their operations and products»³¹.

In the *Eighth Environmental Action Plan 2022* (abbreviated to “8th EAP”)³², even more numerous are the references to sustainable production: one of the priority objectives of the plan is precisely «minimising environmental pressures from production and consumption across all sectors of the economy»³³.

The Eighth Environment Action Programme clearly states the need to reorient the economy in an inclusive manner³⁴. It indicates which type of economy it is

²⁷ *Seventh Environment Action Programme*, priority objective 9, par. 106 (viii). The encouragement and favouring of the “transition to a green economy” is based on the consideration that “current wasteful production and consumption systems in the world economy rising global demand for goods and services and the depletion of resources are increasing the cost of essential raw materials, minerals and energy” par. 8.

²⁸ The last fifty years of environmental policies, which have seen *states* playing a leading role in countering the various threats to the planet, show that, if we want results in this sense, *non-state actors* must be more directly involved, *first and foremost* companies, but also and above all consumers, who, moreover, tend to take on an increasingly larger role in so-called climate justice: L. Umbers, J. Moss, *Climate Justice Beyond the State*, London, 2021.

²⁹ Although the three objectives set out in article 2 of the *Seventh Environment Action Programme* are all interconnected, the objective set out in point (b) is immediately related to this objective, which is to «turn the Union into a resource-efficient, green and competitive low-carbon economy».

³⁰ Among the key instruments to this end, according to this action plan, are “measures [...] to further improve the environmental performance of goods and services on the Union market over their whole life cycle” (and “measures to increase the supply of environmentally sustainable products and stimulate a significant shift in consumer demand for such products” (*Seventh Environment Action Programme*, priority objective 2, par. 35)

³¹ Par. 35 of the *Seventh Environment Action Programme*.

³² Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and of the Council of 6 April 2022 on a General Union Environment Action Programme to 2030.

³³ 8th EAP, recital no. 17. The concept is also taken up in other points of the *Eighth Environment Action Programme*: «through continuous research and innovation, transformation of production and consumption patterns, and adaptation to new challenges and co-creation, the well-being economy strengthens resilience and protects the well-being of present and future generations» (par. 16); «promoting environmental aspects of sustainability and significantly reducing key environmental and climate pressures related to the Union’s production and consumption, in particular in the areas of energy, industry, buildings and infrastructure, mobility, tourism, international trade and the food system» (art. 1, par. 2, lett. f). Among the conditions required of the Member States for the realisation of the objectives is that of «closing gaps in, and optimising, relevant indicator sets, such as those relating to systemic change, planetary boundaries and the Union’s production and consumption footprints, as well as those that address the interface between environmental and socioeconomic factors, such as inequalities arising from environmental change, whilst ensuring that indicator sets are comparable at all levels of policy-making» (art. 3, lett. z).

³⁴ «The 8th EAP enables a systemic change to a Union economy that ensures well-being within planetary boundaries where growth is regenerative and should also ensure that the green transition is achieved in a just and inclusive way, whilst contributing to reducing inequalities»: recital no. 13.

aiming towards³⁵ using such adjectives as *green, fair, inclusive, circular, neutral, sustainable, efficient*. It also speaks of “regenerative growth”³⁶ that “enables systemic change”³⁷ and that “provides a safe operating space within planetary boundaries”³⁸.

The *Bioeconomy Strategy*³⁹ is another policy-programmatic document from which emerges the need for a public re-orientation of the economy or its systemic re-design within the limits of the planet in order to achieve environmental goals.

In fact, rather than a single document, reference should be made to a series of documents: two communications, one in 2012 and one in 2018, and also a review of the strategy in 2017 have been dedicated to the topic of the bioeconomy so far.

The first Bioeconomy strategy for Europe of 2012 stated that «the bioeconomy provides a useful basis for such an approach, as it encompasses the production of renewable biological resources and the conversion of these resources and waste streams into value added products, such as food, feed, bio-based products and bioenergy»⁴⁰.

The second version of the European Bioeconomy Strategy, the 2018 version, also opens with a reference to the concept of limits: «we live in a world of limited resources» and it is precisely this limitation of available resources «coupled with a growing population» that leads to the search for “new ways of producing and consuming that respect the ecological boundaries of our planet”⁴¹.

Another relevant policy document is the 2019 *European Green Deal*⁴², which could be seen as a true “forge” of the transformative scope of the European Economic Constitution⁴³.

³⁵ «The 8th EAP should accelerate the green transition, in a just and inclusive way, to a climate-neutral, sustainable, nontoxic, resource-efficient, renewable energy-based, resilient and competitive circular economy that gives back to the planet more than it takes»: recital no. 16.

³⁶ 8th EAP, recital no. 19.

³⁷ Id., recital no. 16.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ As we shall see, in the various documents, there is no real definition of the bioeconomy but a reference to a set of sectors that are involved in it. According to the 2012 *Bioeconomy Strategy*, «the bioeconomy includes the sectors of agriculture, forestry, fisheries, food and pulp and paper production, as well as parts of chemical, biotechnological and energy industries» (3, footnote 3).

⁴⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Innovating for Sustainable Growth: A Bioeconomy for Europe*, 13 February 2012, COM (2012) 60 final, par. 1.1.

⁴¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A sustainable Bioeconomy for Europe: Strengthening the connection between economy, society and the environment*, Brussels, 11 October 2018, COM (2018) 673 final, para 1.

⁴² Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *The European Green Deal*, Brussels, 11 December 2019, COM (2019) 640 (briefly “Green Deal”).

⁴³ E. Chiti, *In motu. L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, cit., 204 refers to it as the “transformative force”, the “potentially destabilising force” of the European Economic Constitution, a generator of “potential conflicts”, a factor of “significant torsions” on the concepts of property, sovereignty and public power. See also E. Chiti, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological*

The *Green Deal* opens with a reference to climate change («The atmosphere is warming and the climate is changing with each passing year»)⁴⁴ and immediately links this to the need for a profound transformation of the economy, which implies the often-referenced public power of direction and coordination: «the EU has the collective ability to transform its economy and society to put it on a more sustainable path»⁴⁵.

And it is precisely the transformation of the economy in such a way that it can guarantee the survival of the planet and humanity that is the deepest sense of the continually evoked «ecological transition»: it is «an opportunity to put Europe firmly on a new path of sustainable and inclusive growth»⁴⁶.

The EU no longer looks at the economy (and the market) from a position of neutrality or indifference with respect to the ends it autonomously sets for itself. Instead, it actively aims to use the economy as an ally (or as a new instrument) in attempting to win a game that after fifty years, with other types of instruments, we are still losing.

The Union expressly proposes to adjust the current situation of the Planet precisely by “greening” the economy (this is the content of the «initial roadmap of the key policies and measures needed to achieve the European Green Deal»)⁴⁷.

The *EU Biodiversity Strategy for 2030*⁴⁸, which is an update of the 2011 *Biodiversity Strategy*⁴⁹, opens with enlightening words regarding the need to reorient the economy: «the European Green Deal – the EU’s growth strategy – will be the compass for our recovery, ensuring that the economy serves people and society and gives back to nature more than it takes away»⁵⁰.

Transition of the European Union (Introduzione al Simposio “Gestire la transizione ecologica dell’Unione europea”), cit. «beneath the surface of the apparently technical goal of climate neutrality (the European Green Deal) lurks a re-orientation of the fundamental mission of the European integration project».

⁴⁴ *Green Deal*, par. 1. Previously, also in the Resolution of 28 November 2019 on the climate and environment emergency (2019/2930/RSP) the Parliament had declared «a climate and environment emergency» calling on «the Commission, the Member States and all global actors, and declares its own commitment, to urgently take the concrete action needed in order to fight and contain this threat before it is too late», lett. c par. 1).

⁴⁵ *Green Deal*, par. 1.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ An entire paragraph of the *Green Deal* is significantly entitled “Mobilising industry for a clean and circular economy”: the challenge of the survival of the planet and mankind cannot be met without a «full mobilisation of industry» and this mobilisation must take place quickly since «it takes 25 years – a generation – to transform an industrial sector and all the value chains», par. 2.1.3.

⁴⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing nature back into our lives*. See M. Biscosi, *Two Parallel Discourses and a New Path for Policy-Making: The Biodiversity Strategy for 2030*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2021, 1, 44 ss.

⁴⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*, Brussels, 3 May 2011, COM(2011) 244 final.

⁵⁰ *EU Biodiversity Strategy for 2030*, par. 1. The same introductory paragraph states that «the world should commit to the net-gain principle to give nature back more than it takes. As part of this, the world should

The political will is also evident here: it states the need for «legally binding EU nature restoration targets in 2021 to restore degraded ecosystems, in particular those with the most potential to capture and store carbon and to prevent and reduce the impact of natural disasters»⁵¹.

In the same vein, the 2020 *Farm to Fork* Strategy should also be recalled, which significantly opens with a reference to the limits of the Planet⁵² and the need to reshape the economy in a different sense⁵³. In that document, the remodelling of the agri-food system is envisaged in such a way as to make the food supply chain more sustainable. The idea is to achieve a fair and environmentally friendly food system, with a series of objectives, including quantitative ones⁵⁴, so as to optimise the factors of production.

The basic idea is that the agricultural enterprise can – and indeed, to some extent, must – contribute to environmental protection. To this end, all stages of the production chain must be reviewed, including choices on the resources to be used, the marketing of products, as well as the management of the following stage with regard to waste and surpluses⁵⁵.

But perhaps the most important document of the pandemic year is *A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe*⁵⁶, which

commit to no human-induced extinction of species, at minimum where avoidable».

⁵¹ EU Biodiversity Strategy for 2030, par. 2.2.1.

⁵² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A Farm to Fork Strategy for a fair, healthy and environmentally-friendly food system*, Brussels 20 May 2020 COM(2020) 381 final: «the COVID-19 pandemic has underlined the importance of a robust and resilient food system that functions in all circumstances, and is capable of ensuring access to a sufficient supply of affordable food for citizens. It has also made us acutely aware of the interrelations between our health, ecosystems, supply chains, consumption patterns and planetary boundaries»; par. 1. About this communication see H. Schebesta, M. Alessandrini, F. Cazzini, C. Macchi, M. Plana-Casado & S. Rolandi, *Tour de table: farm to fork law update*, in *European Food and Feed Law Review* (EFFL), 2022, 17(3), 208-218 and H. Schebesta, N. Bernaz & C. Macchi, *The European Union Farm to Fork Strategy: Sustainability and Responsible Business in the Food Supply Chain*, in *European Food and Feed Law Review* (EFFL), 2020, 15(5), 420-427.

⁵³ «A transition to sustainability of the food system will change the economic fabric of many EU regions and their patterns of interactions»: *A Farm to Fork Strategy*, 2020, par. 2.

⁵⁴ Concrete targets to be achieved by 2030 concern pesticides (reducing the use of the most dangerous pesticides by 50%), nutrients (reducing nutrient losses by at least 50% while ensuring that soil fertility does not deteriorate, and reducing fertiliser use by at least 20%), antimicrobial resistance (reducing the use of antimicrobials such as antibiotics for farm and aquaculture animals by 50%) organic farming (allocate at least 25% of the agricultural area to organic farming).

⁵⁵ The basic idea is that it is necessary to review all phases of the production chain, including choices on the resources to be used. The marketing of products should also be subject to review, as well as the management of the subsequent phase in relation to waste and surpluses. See M.C. Rizzuto, *L'incidenza dell'interesse ambientale nella produzione e nella commercializzazione dei prodotti agro-alimentari*, in *Ambienteditto*, 2022, 3, 13.

⁵⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe*, Brussels, 11 March 2020 COM (2020) 98 final.

opens with a reference to the limits of natural resources⁵⁷ and the need for environmental impacts to remain within sustainable limits for our Planet⁵⁸.

Hence the need to reorient the economy in a “regenerative” sense⁵⁹. It is no longer a question of merely encouraging circular production with voluntary instruments or consumer information, according to an approach cherished by some stakeholders, but of making this type of *green* production mandatory or binding⁶⁰.

The Commission’s commitment is to propose «a sustainable product policy legislative initiative. The core of this legislative initiative will be to widen the Ecodesign Directive beyond energy-related products so as to make the Ecodesign framework applicable to the broadest possible range of products and make it deliver on circularity»⁶¹.

The new Plan of Action on the Circular Economy marks the path of a true “industrial revolution”, which sees the transition from a linear paradigm to a model based on the reduction of new materials used, the durability of products (the so-called “extension of the useful life of products”), their reuse and recycling, the increase of production efficiency and the minimisation of waste production⁶².

Also related to the topic of the circular economy is the new 2020 Critical Raw Materials Action Plan⁶³. Critical raw materials are defined as those non-food

⁵⁷ «There is only one planet Earth, yet by 2050, the world will be consuming as if there were three. Global consumption of materials such as biomass, fossil fuels, metals and minerals is expected to double in the next forty years, while annual waste generation is projected to increase by 70% by 2050», *A new Circular Economy Action Plan*, 2020, par. 1.

⁵⁸ It explicitly mentions the «growing need to advance discussions on defining a ‘Safe Operating Space’ whereby the use of various natural resources does not exceed certain local, regional or global thresholds and environmental impacts remain within planetary boundaries», *A new Circular Economy Action Plan*, 2020, par. 7.

⁵⁹ «The EU needs to accelerate the transition towards a regenerative growth model that gives back to the planet more than it takes, advance towards keeping its resource consumption within planetary boundaries, and therefore strive to reduce its consumption footprint and double its circular material use rate in the coming decade» *A new Circular Economy Action Plan*, 2020, par. 1.

⁶⁰ It is worth quoting in full from the Plan: «instruments such as the EU Ecolabel or the EU green public procurement (GPP) criteria are broader in scope but have reduced impact due to the limitations of voluntary approaches. In fact, there is no comprehensive set of requirements to ensure that all products placed on the EU market become increasingly sustainable and stand the test of circularity», par. 2.1. The shift from voluntary to mandatory compliance with technical requirements for circularity in the production and life cycle of products is also emphasised further on: «the possibility to introduce requirements linked to environmental and social aspects along the value chain, from production through use to end of life, will also be carefully assessed, including in the context of WTO rules».

⁶¹ *A new Circular Economy Action Plan*, 2020, par. 2.1. This is the proposal for a regulation on eco-design of March 2022, which starts from the consideration that there are products on the market that generate unnecessary negative impacts on the environment and that there is a need, instead, to stimulate the supply and demand for sustainable goods, to achieve sustainable production and to ensure a level playing field for products sold on the internal market.

⁶² According to some estimates, the circular economy could lead – together with the development of the regenerative bio-economy – to greenhouse gas emission savings of 45%, to be achieved through the use of eco-design.

⁶³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards*

and non-energy raw materials whose political, commercial and environmental supply problems make a change in economic strategy and a decisive technological upgrade a priority.

Another fundamental document for redesigning the economic system is the *Industrial Strategy for Europe*, which is contained so far in two key documents: the 2017 Strategy⁶⁴ and the 2020 Strategy⁶⁵. The latter states, on the one hand, that we need to influence industrial processes so that they reduce their carbon footprint⁶⁶ or that we need to modernise and decarbonise⁶⁷ with new industrial processes and cleaner technologies. It also states, on the other hand, that we need to «revolutionise the way we design, make, use and get rid of things by incentivising our industry»⁶⁸.

3. *The Circular Economy in European Law*

The desire for a reorientation of the economy in a green direction in Europe emerges not only from the policy and planning acts analysed so far, but also from a number of interventions in the legislation.

These include, in chronological order, the Ecodesign Directives from 2005, the 2018 Circular Economy package of four Directives, the 2019 Single-Use Plastic Products Directive, and the 2021 Recovery and Resilience Facility Regulation⁶⁹ establishing the post-Covid Recovery and Resilience Facility⁷⁰.

In the light of these interventions, the greening of the economy does not therefore now appear to be merely a political aspiration, but constitutes a real ongoing process that has also been enshrined in European law, and is now also crystallised in secondary legislation, albeit of a sectoral nature.

The first frontier that has been addressed by the European legislator in these acts of European law is that of the energy performance of products as it is the one

greater Security and Sustainability, Brussels, 3 September 2020, COM(2020) 474 final.

⁶⁴ European Parliament resolution of 5 July 2017 on building an ambitious EU industrial strategy as a strategic priority for growth, employment and innovation in Europe (2018/C 334/13).

⁶⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions *A New Industrial Strategy for Europe* COM (2020) 102 final.

⁶⁶ *A New Industrial Strategy for Europe*, 2020, par. 2.2.

⁶⁷ *Ibid.*, par. 3.3.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 3.4.

⁶⁹ In Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 establishing the Recovery and Resilience Facility (abbreviated “RRF Regulation”) the term “transition” is mentioned some 30 times.

⁷⁰ On RRF Regulation in general, see Atti del Convegno AIPDA “*Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*”, 28 april 2021 (www.apida.it).

most immediately and directly connected with energy saving and, therefore, with the goal of reducing the amount of greenhouse gases in the atmosphere.

Consider the Ecodesign Directive already in force since 2005⁷¹ and amended in 2009⁷², in which we find one of the first definitions of ecodesign as «the integration of environmental aspects into product design with the aim of improving the environmental performance of the product throughout its whole life cycle»⁷³.

Although the scope of this directive was limited to a specific set of products, and in particular only to «energy-related products»⁷⁴ as textually defined⁷⁵ it can be said that it opened the way for a general reflection on the production of products that must possess certain technical characteristics that characterise them as sustainable⁷⁶.

Basically, in these directives and in the acts that are now in preparation in the sector⁷⁷ one of the main contents of the powers of direction and coordination of the green economy is clearly indicated, namely the indication of technical specifications of certain products.

Still among the legislative interventions in the direction of reorienting the economy in an environmental sense, it is worth mentioning the four directives that make up the *Circular Economy* package⁷⁸. The first is Directive 851/2018/EU (the so-called “waste directive”)⁷⁹; the second is Directive 852/2018/EU

⁷¹ The first ecodesign directive is Directive 2005/32/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 2005 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-using products.

⁷² Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products. This directive was further amended by Directive 2010/30/EU of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 on the indication by labelling and standard product information of the consumption of energy and other resources by energy-related products.

⁷³ Art. 2, point 23 of Directive 125/2009.

⁷⁴ Art. 1 par. 1 Dir. 2009/125.

⁷⁵ Art. 2, par. 1 Dir. 2009/125.

⁷⁶ It is rightly noted that the European Economic and Social Committee (EESC) stated in an opinion that «the ecodesign of goods and services needs to go beyond just energy considerations. Although these are important, there is a need to have a focus on the full lifecycle of products, including their durability, ease of maintenance and repair, potential for sharing and digitisation, reuse, upgradeability, recyclability and actual uptake after use in the form of secondary materials in products entering the market». (Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission Ecodesign Working Plan 2016-2019 [COM(2016) 773 final], para. 1.2): C. Schweng, *Responsabilità estesa del produttore. Riguarda solo i produttori?*, in *I quad. economia circolare*, 2021, 1, 12.

⁷⁷ This refers to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for setting ecodesign requirements for sustainable products and repealing Directive 2009/125/EC. The proposal extends ecodesign from energy-related products to all products. It will apply to practically all products on the European market except food, seeds and medicines, i.e. to approximately 65% of products. The requirements will be such not only to save energy but also to make products more durable, repairable, recyclable. In any case, it will be necessary to make consumers more aware of the environmental impacts of the products they use (the so-called *digital product passport*).

⁷⁸ Published in the *OJEU* on 14 June 2018.

⁷⁹ The Waste Directive (851/2018) amends the Waste Framework Directive 2008/98/EC.

(the so-called “packaging directive”)⁸⁰; the third is Directive 850/2018/EU (the so-called “landfill directive”)⁸¹; the fourth is Directive 849/2018/EU (the so-called “vehicles, batteries and WEEE directive”)⁸².

The fact that the “Circular Economy” package (and the action plans connected with the circular economy⁸³) largely concerns the subject of waste (except for the one on landfills, which, however, is connected with it) could lead to the misunderstanding of thinking that this set of rules only concerns the specific waste sector⁸⁴. An analysis of the contents of these legal acts leads to a different conclusion: the real novelty lies precisely in that redesign also mentioned at the level of global law. This re-design implies what is defined as a “systemic approach”, in which waste management is a segment of a broader system⁸⁵.

Such redesigning of products and services with a systemic approach – in accordance with the limits of the Planet and the needs brought by as the world’s population grows – enters fully into secondary legislation.

The concept of ecodesign or (re)design is, in fact, one of the fundamental themes of both the Waste Directive (2008/98/EC)⁸⁶, which considers ecodesign as one of the examples of waste prevention⁸⁷, the Packaging Directive⁸⁸, the End-

⁸⁰ The Packaging Directive (852/2018) amends Dir. 94/62/EC.

⁸¹ The Landfill Directive amends Directive 1999/31/EC.

⁸² It amends the directive on end-of-life vehicles 2000/53/EC, the directive on batteries and accumulators and waste batteries and accumulators, the directive on waste electrical and electronic equipment (WEEE).

⁸³ This refers to the *Circular Economy Action Plan. For a cleaner and more competitive Europe* adopted on 11 March 2020.

⁸⁴ For R. Ferrara, *Brown economy, green economy, blue economy: l’economia circolare e il diritto dell’ambiente*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 3, 48, waste constitutes the “logical starting point” of any discourse related to the circular economy.

⁸⁵ See M. Geissdoerfer, P. Savaget, N.M.P. Bocken, E.J. Hultink, *The circular economy – A new sustainability paradigm*, in *J. Clean. Prod.*, 2017, vol. 143, 757 ss.; J. Korhonen, A. Honkasalo, J. Seppälä, *Circular Economy: The Concept and its Limitations, Ecological Economics*, Amsterdam, 2018, 148; F. Bonciu, *The European Economy: From a Linear to a Circular Economy, Romanian J. Eur. Aff.*, 78°, 2014. See finally F. de Leonardis, voce *Economia circolare (dir. Pubbl.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2021, 161 ss.

⁸⁶ Cf. recital 27 for which «the introduction of extended producer responsibility in this Directive is one of the means to support the design and production of goods which take into full account and facilitate the efficient use of resources during their whole life-cycle including their repair, re-use, disassembly and recycling without compromising the free circulation of goods on the internal market»; art. 8, par. 2 for which «Member States may take appropriate measures to encourage the design of products and components of products in order to reduce their environmental impact and the generation of waste in the course of the production and subsequent use of products, and in order to ensure that the recovery and disposal of products that have become waste take place in accordance with Articles 4 and 13»; art. 9, par. 1, for which «Member States shall take measures to prevent waste generation. Those measures shall, at least: (a) promote and support sustainable production and consumption models; (b) encourage the design, manufacturing and use of products that are resource-efficient, durable (including in terms of life span and absence of planned obsolescence), repairable, re-usable and upgradable; [...]».

⁸⁷ Annex IV no. 4 considers this to be «the promotion of eco-design (the systematic integration of environmental aspects into product design with the aim to improve the environmental performance of the product throughout its whole life cycle)».

⁸⁸ See Art. 9(5) for which «by 31 December 2020, the Commission shall examine the feasibility of reinforcing the essential requirements with a view to, inter alia, improving design for reuse and promoting high

of-Life Vehicles Directive⁸⁹ and, above all, the Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) Directive⁹⁰.

The need to preserve or otherwise draw on virgin resources in moderation constitutes the “unspoken” premise of the concept of circular economy, which defines an economic system that could be described as mimetic to the natural one (in which we take in a balanced manner and in accordance with the rhythms of regeneration, in which nothing is wasted and nothing is destroyed but in which everything is reused) and which is quite different from the economic model generally prevalent globally.

4. *The need to amend European Treaties*

In the light of the European political acts and laws referred to above, it becomes clear that the Treaties no longer fully reflect the material constitution of Europe, which is now clearly oriented in the direction of changing production (and consumption) patterns.

It has been accurately pointed out that, «in the Treaties and the Nice Charter, the words ‘ecosystem’ or ‘ecosystems’, the adjective ‘ecological’, not even the words ‘biodiversity’ or ‘species’, not to mention other ecological concepts such as, for example, ‘resilience’ [...] and the noun ‘nature’ are never mentioned as an object of legal protection»⁹¹.

It is also true that the references to environmental protection found in them⁹², which are quantitatively eight times fewer than those relating to com-

quality recycling, as well as strengthening their enforcement. To that end, the Commission shall submit a report to the European Parliament and to the Council, accompanied, if appropriate, by a legislative proposal».

⁸⁹ Cf. recital 2 Dir. 2000/53 («design of vehicles for recycling and recovery»); recital 11 («it is important that preventive measures be applied from the conception phase of the vehicle onwards [...]»); recital 13 («the requirements for dismantling, reuse and recycling of end-of-life vehicles and their components should be integrated in the design and production of new vehicles») and, above all, art. 4, par. 1 lett. a) and b) in relation to the production of new vehicles that facilitate recycling.

⁹⁰ Cf. recitals 4 and 9 dir. 2012/19 recalling the ecodesign directives; recital 11 recalling the life cycle of products; recital 12 recalling producer responsibility as a tool to encourage the sustainable design of EEE and, above all, art. 4 expressly dedicated to the ecodesign of products.

⁹¹ M. Monteduro, *Riflessioni sulla “primazia ecologica” nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, cit., 245.

⁹² On the protection of the environment in European law, also the Italian literature is by now boundless: we merely recall among the encyclopaedic entries G. Cataldi, voce *Ambiente (tutela dell’): Il diritto delle comunità europee*, *Enc. giur.*, 2001; G. Cordini, voce *Ambiente (tutela dell’) nel diritto delle comunità europee*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 193; B. Nascimbene, voce *Ambiente (tutela dell’) (diritto comunitario)*, in *Nov. dig. it.*, App., Torino, 1980, 274. Among the general works see S. Grassi, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell’ambiente*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 907; N. Font, *La politica ambientale*, in S. Fabbrini e F. Morata (a cura di), *L’unione europea. Le politiche pubbliche*, Bari, 2002, 166-192; S. Casese (a cura di), *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995; B. Beutler et. al., *L’Unione europea. Istituzioni*,

petition⁹³, are always accompanied by a reference to development, as in a sort of *excusatio non petita*⁹⁴.

Therefore, the need for revision of the current EU Treaties can be found among the substantial considerations, the right that is already being experienced, the law in action, contained in the policy documents and in the acts of secondary legislation referred to so far.

The consideration of environmental needs (in a sort of ecological primacy) as it emerges from the European policy documents and the laws that have been referred to –, and the need to functionalise the economy to them –, does not lead to a denial of the need for development, but to contextualise it within the structural limits of our planet.

Inevitably, all this seems to impose, sooner or later, a real rewriting of the treaties currently in force⁹⁵, both of the TEU and of the TFEU. To date, in those

ordinamento e politiche, Bologna, 2001, 615-619; G. Cocco ed altri, *Ambiente*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di dir. amm.vo europeo*, Milano, 1997, 102.

⁹³ As M. Monteduro reports, «the only word that appears and stands out is, in fact, ‘environment’: but – and this is not a mere statistical curiosity – considering the entire texts of the TEU, the TFEU and the Nice Charter, and excluding the cases in which it is used in a generic way (such as when the Treaties mention the ‘working environment’, an ‘environment favourable’ or ‘conducive’ to initiative and to the development of undertakings’ and to ‘cooperation between undertakings’, an ‘environment of security’ with respect to defence, etc.), the word ‘environment’ appears about 20 times; the word ‘environment’ appears about 20 times; the words ‘competition’, ‘competitive’, ‘market’ and ‘markets’, on the other hand, recur a total of more than 150 times; which gives, in addition to mere numerical data, a different order of weight, intensity, relevance» (*Riflessioni sulla “primazia ecologica” nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, cit., 246

⁹⁴ It is as if the European legislator, every time it refers to the need for environmental protection policies, felt obliged to specify that such protection must not be to the detriment of development or the market. It preaches the balancing and equiordination of interests in theory but in practice affirms the supremacy of economic interests over environmental ones. As has been accurately considered, “environment”, in the lexicon of the Treaties and the EU Charter, is always associated with the concept of “sustainable development” (right from the Preamble of the TEU and then consistently in the two Treaties, as well as in the Preamble and Article 37 of the Nice Charter). The environment is therefore a polymorphous concept that, however, is expressly “based” – and thus finds its own valuable legal foundation in this – «on balanced economic growth and price stability, on a highly competitive social market economy» (article 3 TEU). 3 TEU). The same principle of environmental integration (art. 11 TFEU) is placed «in particular with a view to promoting sustainable development»; in this context, it is not surprising that sustainability also acquires an economic/financial dimension, such as «sustainable balance of payments» (art. 119 TFEU) and «sustainability of the government financial position» (art. 140 TFEU). Ultimately, the concept of sustainable development assumed by the EU Treaties is inspired by the idea of a «harmonious development» (preamble of the Charter), of a «balanced progress» (art. 26 TFEU), of a «balanced and steady development of the internal market» (art. 309 TFEU) and more specifically of «economic and social development [...] balanced» (art. 191 TFEU); M. Monteduro, *Riflessioni sulla “primazia ecologica” nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, cit., 246.

⁹⁵ In this sense M. Monteduro, *Riflessioni sulla “primazia ecologica” nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, cit., 254 for whom «personally I would tend to believe that the horizon of “ecological primacy” requires, in order to assert itself in a structural, profound, organic and pervasive manner, a “constitutional” change expressed in the text of the Treaties (or of the EU Charter of Fundamental Rights): the latter, in fact, no longer appears to be in step with a dramatically changed planetary ecological framework; a traditional conception of sustainable development remains engraved in the current constitutional framework of the EU legal system, which is rather refractory to the idea of the primacy

two Treaties, there is no provision such as article 41, paragraph 3 of Italian Constitution in which the constraint of conforming the economy and production to environmental purposes is established.

Indeed, the references to shaping the economy in the direction of sustainable production in the EU Treaty are for the time being to be considered only implicit: the reference to the “principle of sustainable development” in the preamble⁹⁶; the high level of protection and improvement of the quality of the environment in article 3⁹⁷; and the need to promote sustainable development also in developing countries in article 21⁹⁸.

Similarly, an analysis of both the nine norms that expressly deal with the environment in the TFEU, the six contained in the general part of the Treaty⁹⁹, and the three norms found in the specific part dedicated to the environment¹⁰⁰,

of interests outside the market, as it is still oriented, in a privileged if not exclusive manner, towards the proper functioning of the market». For a more doubtful formulation E. Chiti (*In motu. L'Unione europea e la trasformazione della costruzione giuridica della sostenibilità*, cit., 203) for whom the “ecological primacy” introduced by the *Green Deal* initiates a process that «seems destined to take place with unchanged treaties, that is, without the current European constitutional framework being modified or reformed», albeit «without excluding the possibility of a revision of the constitutional framework».

⁹⁶ «Determined to promote economic and social progress for their peoples, taking into account the principle of sustainable development and within the context of the accomplishment of the internal market and of reinforced cohesion and environmental protection, and to implement policies ensuring that advances in economic integration are accompanied by parallel progress in other fields».

⁹⁷ «The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance».

⁹⁸ «The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to: [...] d) foster the sustainable economic, social and environmental development of developing countries, with the primary aim of eradicating poverty» (para. 2).

⁹⁹ Article 4, according to which the Union shares competence with the Member States in environmental matters (point e); article 11, according to which environmental protection is to be integrated into all European policies; article 36, according to which derogations to the free movement of goods may be made «justified on grounds of [...] the protection of health and life of humans, animals or plants»; Article 114, according to which «the Commission, in its proposals [...] concerning [...] environmental and consumer protection, shall take as a base a high level of protection, taking account, in particular, of any new development based on scientific facts.) environment and consumer protection, will take as a basis a high level of protection, taking account in particular of any new development based on scientific facts» The Commission, in its proposals [...] concerning [...] environmental protection and consumer protection, will take as a basis a high level of protection, taking account in particular of any new development based on scientific facts»; article 177 states that «[...] A Cohesion Fund set up [...] shall provide a financial contribution to projects in the fields of environment [...]».

¹⁰⁰ Then there are the three provisions of Title XIX on the environment (arts. 191-193), which contain the objectives of environmental policy (art. 191, par. 1), the principles that must guide Community action in environmental matters (art. 191, par. 2) (on the need for data for environmental protection see R.P. Kelly, *Will more, better, cheaper and faster monitoring improve environmental management?*, in *Environmental Law*, 2014, 44, 1111-1148), the data that the Community must take into account when preparing its policy on the environment (art. 191, par. 3), the modalities of cooperation between the Community and the States or international organisations (art. 191, par. 4), the decision-making procedure (art. 192) and the principle of increased protection whereby measures taken on the basis of Article 192 do not prevent individual member states from maintaining and taking measures for even greater protection (art. 193).

does not reveal a particular focus on “what to produce” or on redesigning the economic system in a business-friendly manner. It does, however, necessitate a stronger public intervention like the one mentioned previously.

Not even the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in Nice in October 2000¹⁰¹, which expressly deals with the environment in article 37 (for which «a *high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and guaranteed in accordance with the principle of sustainable development*») and the draft of the European Constitution which fully transposed these principles¹⁰², incorporate the innovations outlined above.

In conclusion, only the future will tell whether the constitutional level of European law will formally acknowledge the need to reform production in a sustainable direction. It is undeniable, however, that the Union’s law in action has been moving decisively in that direction for almost twenty years now.

¹⁰¹ Already in the preamble reference is made to “balanced and sustainable development”; article 37 expressly states that «A high level of environmental protection and the improvement of the quality of the environment must be integrated into the policies of the Union and ensured in accordance with the principle of sustainable development.

¹⁰² The most relevant references to the environment were found in arts. III-4; III-129; III-130 and III-131.

La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*

Walter Giulietti

SOMMARIO: 1. La tensione tra libertà di impresa, concorrenza e protezione sociale nei contratti pubblici. – 2. Applicazione dei contratti collettivi ai contratti pubblici. – 3. Le clausole dirette alla stabilità occupazionale. – 4. Incidenza della clausola sociale nella fase di formazione del contratto pubblico. – 5. La verifica di anomalia dell'offerta. – 6. Le questioni sull'adempimento delle clausole sociali.

1. *La tensione tra libertà di impresa, concorrenza e protezione sociale nei contratti pubblici*

La permeabilità della disciplina dei contratti pubblici a interventi regolatori di carattere sociale inerenti la protezione dei lavoratori si è affermata nell'ordinamento interno già in epoca risalente, trovando fondamento negli artt. 35, 39 e 41 Cost. e ponendosi in antagonismo con la libertà di iniziativa economica privata ed i principi di non discriminazione e concorrenza che oggi costituiscono valori fondamentali della costituzione economica europea e nazionale.

È evidente come la protezione dei lavoratori, realizzata attraverso la fissazione unilaterale da parte dell'amministrazione delle condizioni del contratto, anche rinviando alla contrattazione collettiva, incida sulla libertà di iniziativa economica degli operatori, entrando in tensione, in particolare, con l'efficienza del sistema competitivo a cui i contratti pubblici sono sottoposti¹.

* Questo saggio è stato realizzato nell'ambito del progetto «*WORKING POOR N.E.E.D.S.: New Equity, Decent work and Skills*», CUP G24119002630001, finanziato a valere del programma PRIN 2017.

¹ Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 11 dicembre 2015 prot. n. 722361, espresso sul disegno di legge che ha portato all'attuale formulazione dell'articolo 50, in cui essa evidenzia come la clausola sociale diminuisca «sensibilmente i benefici del confronto competitivo» e possa «scoraggiare la partecipazione alla gara, limitando indebitamente la platea dei partecipanti».

Stante il descritto antagonismo tra valori protetti sia dall'ordinamento interno, sia da quello europeo, il punto di equilibrio consiste nel fissare di soluzioni regolatorie idonee a contemperare gli interessi coinvolti², cosicché nei limiti della proporzionalità l'apposizione di clausole sociali è stata ritenuta compatibile con i principi di non discriminazione e concorrenza³, trovando ora fondamento in questi termini nello stesso diritto europeo.

Nell'ordinamento nazionale, in particolare, pur già presenti in discipline di settore⁴, le clausole di equo trattamento (cd. clausola di prima generazione) sono state generalizzate ed imposte come regola per qualsiasi pubblica amministrazione dall'art. 36, l. 20.5.1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori) in riferimento agli appalti di opere⁵. D'altra parte, la c.d. clausola di riassunzione (cd. clausola di seconda generazione), anch'essa contenuta in alcune normative settoriali, è stata ampiamente fatta propria dalla contrattazione collettiva, prima di un pieno e generalizzato riconoscimento nella disciplina sugli appalti.

L'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, adottato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ha previsto la possibilità che per esigenze sociali o ambientali le stazioni appaltanti potessero porre condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché «compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onere». Per contro, sono state ritenute incostituzionali, prima che violative del diritto sovranazionale, soluzioni in tema di assorbimento della manodopera ispirate all'automatismo ed alla protezione integrale della stabilità della manodopera a scapito della libertà di iniziativa economica⁶.

² E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2001, 133 ss.

³ C. giust., 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione c. Repubblica italiana; C. Giust., 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione c. Repubblica di Germania.

⁴ In epoca risalente l'art. 26, R.D. 8 gennaio 1931 n. 148 sul «trattamento giuridico-economico del personale delle ferrovie, tramvie e linee di navigazione interna in regime di concessione». Successivamente l. 2 agosto 1952, n. 1305, di recepimento della convenzione OIL n. 94/1949 e l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori. Più in generale nella disciplina pattizia posta dalla contrattazione collettiva dei settori tipicamente connotati dalle problematiche del «cambio di appalto». M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in LPA, 2015, 647.

⁵ Art. 36 (Obblighi dei titolari di benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche) Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona.

⁶ Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68, ha dichiarato l'illegittimità laddove la norma regionale introduce uno strumento diverso dalla «clausola sociale», in quanto non si limita a prevedere il mantenimento in servizio

È a partire dalle recenti direttive del 2014 che, al di là dell'obiettivo di assicurare la concorrenza in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni, è stata rafforzata dalla normativa europea la posizione di favore nei confronti del perseguimento di politiche sociali, ambientali e di innovazione attraverso la disciplina dei contratti pubblici ed in particolare attraverso la previsione della necessaria apposizione di specifiche condizioni contrattuali per garantirne la tutela.

Alla luce, in particolare, del combinato disposto degli artt. 18, 67 e 70, dir. 2014/24/UE, sulla scorta dei "considerando" 37 e 39, è stato previsto che le discipline nazionali pongano norme a garanzia dei lavoratori, sia nella fase di aggiudicazione, sia in quella di esecuzione dei lavori.

L'art. 18, § 2 dispone un generale dovere per gli Stati membri di «adottare misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X». L'art. 70, dir. 2014/24/UE stabilisce, inoltre, che «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, § 3, e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara. Dette condizioni possono comprendere valutazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione». Nel considerando 37 si osserva al riguardo che «è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto [...] sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti e derivanti da [...] contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. [...] Tuttavia, ciò non dovrebbe in alcun modo impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori»⁷.

Nel diritto interno le "clausole sociali" sono definite «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezio-

di personale già assunto, ma stabilisce in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già «utilizzato» dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto.

⁷ In tema di tensioni tra esigenze sociali ai sensi della disciplina generale dei contratti pubblici e quella del PNRR, D. Capotorto, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove autonomie*, 2021, 799 ss. L'A. esprime perplessità sulla razionalità complessiva del sistema, osservando che «non si ravvisano infatti ragioni giustificatrici che inducano a far coesistere sistemi che mirano a favorire il ricambio generazionale nelle maestranze (appalti del PNRR e del PNC), con sistemi che invece l'ostacolano imponendo criteri di preferenza a tutela della conservazione della stabilità occupazionale del personale già impiegato, anche a discapito dell'inserimento di giovani o di personale appartenente al genere sottorappresentato (appalti tradizionali ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016)».

ne sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie»⁸. Due sono, in particolare, le previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. n. 50 del 2016 finalizzate recepire la normativa europea per la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei relativi rapporti.

La prima è quella contenuta nell'ambito dell'enunciazione dei principi all'art. 30, c. 4, inerente all'applicazione dei contratti collettivi; l'altra è l'art. 50 relativa alla previsione delle cd. clausole sociali nel bando, ovvero negli altri atti introduttivi della selezione del contraente, nonché nei successivi rapporti contrattuali.

Le due previsioni, pur autonome, sono reciprocamente finalizzate alla definizione del difficile equilibrio tra libertà d'impresa e tutela dei lavoratori nell'ambito dei rapporti contrattuali tra operatori economici e pubbliche amministrazioni in cui vi sia impiego di manodopera⁹. In materia l'Anac ha approvato, ai sensi dell'articolo 213, c. 2 d.lgs. n. 50 del 2016, le Linee Guida n. 13 del 2019 recanti «La disciplina delle clausole sociali»¹⁰ allo scopo di fornire un supporto interpretativo alle predette norme del Codice dei contratti pubblici¹¹.

2. *Applicazione dei contratti collettivi ai contratti pubblici*

La salvaguardia dei livelli retributivi e più ampiamente la protezione dei lavoratori è inserita tra i principi fondamentali della contrattualistica pubblica, disponendo l'art. 30, c. 4 cod. contr. pubbl. che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

La disposizione ha un valore fondamentale, non solo nell'imporre per la regolazione dei rapporti di lavoro l'applicazione da parte dell'operatore economico aggiudicatario di un «contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore», ma per la rilevanza pubblicistica che scaturisce da tale obbligo e soprattutto per l'incidenza della sua corretta esecuzione nel rapporto contrattuale tra stazione appaltante e impresa.

⁸ Art. 3, comma 1 lettera qqq) del cod. contr. pubbl.

⁹ Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761.

¹⁰ Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 114 del 13 febbraio 2019.

¹¹ Come premesso nello stesso testo delle Linee guida le stesse contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare non vincolanti.

È su questa norma di principio che si inquadrano, sia l'obbligatorietà della cd. clausola sociale di cui all'art. 50 cod. contr. pubbl., sia gli effetti che essa spiega, tanto nella fase di formazione, che soprattutto in quella dell'esecuzione del contratto.

È stato così evidenziato come la fissazione dell'obbligo dell'applicazione dei contratti collettivi miri a scongiurare il rischio che l'applicazione del principio di libera concorrenza vada ad impattare negativamente sul trattamento retributivo dei lavoratori impiegati nell'appalto¹² e che l'estensione della libertà imprenditoriale si spinga sino al punto di vanificare le esigenze di tutela dei lavoratori, pena la legittimazione di politiche aziendali di *dumping* sociale in grado di vanificare sia gli obiettivi di tutela del lavoro, ma anche la stessa corretta dinamica competitiva. In questo senso la giurisprudenza non manca di evidenziare che il rispetto della contrattazione collettiva, inderogabile nella parte in cui fissa i minimi retribuiti, è «volta a garantire che la procedura competitiva si svolga sulla base di regole chiare ed imparziali senza possibilità di alterazione delle condizioni fissate in partenza; condizioni alle quali tutti i partecipanti devono attenersi nella loro concreta applicazione, pena, in mancanza, la creazione di pericolosi percorsi elusivi, che finiscono per mascherare l'alterazione dei meccanismi concorrenziali dietro l'egida della libertà di organizzazione imprenditoriale»¹³. Tutto ciò, salvaguardando il principio per cui il costo del personale deve rimanere una variabile su cui fondare il confronto concorrenziale.

La giurisprudenza è consolidata nell'affermare, proprio alla stregua del limite dettato dai principi del diritto dell'Unione europea, come la clausola sociale non possa imporre l'applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro¹⁴, ancorché utilizzato dal precedente aggiudicatario, quanto piuttosto imporre che la scelta del contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile sia dichiarata in sede di offerta fra i contratti collettivi di settore¹⁵. Non rientra pertanto nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare, derivandone ulteriormente

¹² Tar Campania, Salerno, 19 giugno 2020, n. 689.

¹³ Tar. Puglia, sez. I, Bari, 9 luglio 2015, n. 983.

¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336. Resta fermo che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insababilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento.

¹⁵ Tar Puglia, Lecce, 19 aprile 2019, n. 684.

che la mancata applicazione di uno specifico contratto collettivo nazionale di lavoro non può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione¹⁶.

Così, fermo restando il riferimento ad un contratto collettivo per la regolazione dei rapporti di lavoro e l'inderogabilità dei minimi stipendiali in esso previsti, la scelta in ordine a quello da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con limite che nel suo ambito oggettivo di applicazione esso risulti «strettamente connesso» con l'oggetto dell'appalto o della concessione¹⁷. Inoltre, esso deve essere stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed essere in vigore per il settore o la zona nella quale si eseguono le prestazioni.

In merito alla prima condizione, l'art. 30, c. 4 cod. contr. pubbl. impone la verifica della coerenza, in termini di «stretta connessione», tra l'attività oggetto dell'appalto e l'ambito di applicazione del C.C.N.L. indicato dall'impresa appaltatrice¹⁸. Un inquadramento dei lavoratori, pur in astratto possibile, deve essere coerente alle diverse mansioni assegnate ed effettivamente svolte. Pertanto, non è possibile prospettare un'apparente differente organizzazione del servizio all'esclusivo fine di conseguire un risparmio in termini di spesa, non giustificato né giustificabile in ragione dell'invarianza sostanziale della funzione assegnata al dipendente, anche in relazione all'esperienza nel settore già conseguita, così come previsto dalla contrattazione collettiva¹⁹.

In base a questo principio, solamente in casi eccezionali l'applicazione di uno specifico contratto può essere indicata nella legge di gara, anche a pena di esclusione, purché però tale clausola risponda ad una ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare²⁰. In questi termini, valorizzando la condizione della «stretta connessione», nonché altri criteri del c. 4 dell'art. 30 cod. contr. pubbl., in dottrina si osserva che si potrebbe giungere «all'individuazione di un preciso e determinato contratto collettivo, che dovrà trovare applicazione, in fase esecutiva, ai lavoratori impiegati nel contratto»²¹.

Il punto di equilibrio può essere così riassunto: le garanzie, così come le migliori condizioni contrattuali in favore dei lavoratori, sono un risultato tenden-

¹⁶ Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4515.

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932.

¹⁸ Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 276.

¹⁹ Tar Puglia, sez. I, Bari, 9 luglio 2015, n. 983.

²⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109.

²¹ E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, 2021, 426. Tale interpretazione più restrittiva sul principio della concorrenza, rispetto a quella fornita dalla giurisprudenza tradizionale, oltre ai riferimenti normativi citati nel testo, è ritenuta fondarsi sul principio del buon andamento, laddove la stretta connessione intercorre tra l'esecuzione della prestazione e l'adeguatezza dei profili professionali dei lavoratori che può essere assicurata dallo specifico contratto collettivo.

ziale da doversi conseguire mediante l'applicazione di uno tra i contratti collettivi di settore stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative e legato da un nesso di «stretta connessione» con l'oggetto del contratto.

Va incidentalmente osservato che problematico è altresì verificare la condizione che il contratto collettivo sia sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente maggiormente rappresentative sul piano nazionale (art. 30, co. 4, CCP), laddove quest'ultima non sempre appare di per sé idonea a selezionare adeguatamente il contratto da assumere come punto di riferimento e, quindi, non appare in grado di contenere l'effetto di scaricare la concorrenza tra le imprese sul costo del lavoro²².

È stato evidenziato in questo senso che, nell'assenza di una legge specificamente deputata a regolamentare la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni, non «esistono al momento strumenti idonei a pesare in maniera certa e oggettiva il “peso” di ciascuna organizzazione e, di conseguenza, la possibilità di annoverare il contratto collettivo tra quelli a cui la disposizione legale rinvia». Così se la molteplicità dei contratti collettivi di categoria, permettendo la scelta del datore di lavoro, si pone come uno dei fattori principali della competizione per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico «offrendo un vantaggio a quelle imprese che, legittimamente in relazione all'attuale assetto del nostro sistema sindacale, dovessero scegliere di applicare, tra i vari possibili, quello che riconosca ai lavoratori, a parità di mansioni svolte e tenendo conto delle peculiarità dell'attività oggetto della gara, i trattamenti più bassi», sono altrettanto evidenti i rischi sull'effettività della tutela della frammentazione della contrattazione collettiva di categoria in un numero elevatissimo di contratti collettivi nazionali, più o meno qualificabili come tali²³.

3. *Le clausole dirette alla stabilità occupazionale*

Le norme in tema di clausole sociali cd. di protezione, dirette a favorire la stabilità occupazionale, disciplinano due ipotesi differenti²⁴.

La prima ricorre allorquando l'obbligo di mantenimento del rapporto lavorativo in essere in caso di cambio di appaltatore sia prevista direttamente dal contratto collettivo. In questi casi l'amministrazione, in forza della previsione di cui all'art. 30 d.lgs. 50 del 2016, è tenuta a prevedere il transito dei dipendenti dal vecchio al nuovo appaltatore, senza che il nuovo appaltatore possa opporre la libertà di iniziativa economica per ottenere un'applicazione flessibile di tale obbli-

²² I. Alvino, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva*, in *Lavori, Diritti, Europa*, 2021, 4.

²³ S. Ciucciuvino, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, 185.

²⁴ Linee guida Anac, n. 13 del 2019, pt. 4, «Il rapporto con i contratti collettivi».

go. Le stesse clausole dei contratti collettivi che disciplinano il “cambio appalto” con l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l’operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; soltanto a queste condizioni la clausola, frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara.

Pertanto, nei settori in cui la clausola di salvaguardia dell’occupazione è già specificamente ed analiticamente inserita in termini tassativi ed inderogabili nella contrattazione collettiva, la clausola sociale prevista dal d.lgs. n. 50 del 2016 non può sovrapporsi per il carattere di specificità del contratto collettivo di lavoro²⁵.

La seconda ipotesi riguarda invece quei casi in cui il contratto collettivo di lavoro non contenga alcuna previsione sulla conservazione del posto in caso di subentro negli appalti. Tale fattispecie, disciplinata dall’art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016, impone il bilanciamento tra l’esigenza di conservazione del posto e la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro. Si tratta di una valutazione discrezionale che in passato atteneva anche all’*an* dell’inserimento della clausola sociale ed oggi attiene, almeno per i contratti ad alta intensità di manodopera, esclusivamente al *quomodo*, ma che può essere sindacata nella sua formulazione dal giudice amministrativo²⁶.

La previsione è specificamente finalizzata a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato mediante la previsione del dovere in capo alla stazione appaltante di «inserire» nel bando, negli avvisi o negli inviti specifiche «clausole sociali», prevedendo in esse «l’applicazione da parte dell’aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»²⁷. La violazione del suddetto dovere, introdotto dal correttivo al codice, costituisce violazione di legge e determina l’illegittimità dell’eventuale bando o altro atto di invito emesso in assenza di clausola sociale.

Al fine di consentire un controllo sul corretto adempimento da parte della stazione appaltante, la norma delimita, da un lato, l’ambito applicativo della previsione, riservandolo ovviamente ai contratti ove v’è impiego diretto di manodopera ad «alta intensità», dall’altro, indica in maniera piuttosto elastica ed in prospettiva teleologica il contenuto.

²⁵ Corte Appello, Catanzaro, sez. lav., 4 novembre 2020, n. 886.

²⁶ Tar Liguria, sez. II, 21 luglio 2017, n. 640.

²⁷ L’art. 50 considera, in particolare, gli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi, con espressa esclusione degli appalti di fornitura e, sulla base delle linee guida Anac, anche degli appalti di natura occasionale. Sono ulteriormente esclusi espressamente gli appalti di natura intellettuale. Per servizi di natura intellettuale, si intendono, secondo un approccio sostanziale, i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, laddove il servizio non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all’obbligo di iscrizione in albi professionali.

I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il relativo costo è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto. Laddove l'oggetto del contratto comprenda in modo scindibile sia prestazioni afferenti ad attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale, sia prestazioni non soggette a tale obbligo, la clausola sociale si applica limitatamente alle attività ricadenti nell'obbligo di previsione delle stesse.

Inoltre, ai sensi dell'articolo 36 cod. contr. pubbl. il regime delle clausole sociali trova applicazione negli affidamenti sotto soglia²⁸, nonché nei settori speciali in considerazione del richiamo operato dall'articolo 114, comma 1 alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58.

In merito al contenuto delle clausole sociali la norma non fornisce specifiche indicazioni, ponendo piuttosto il fine di promuovere ovvero la stabilità occupazionale del personale impiegato. In ogni caso, clausola sociale non può comportare «alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l'imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo»²⁹.

Si sostiene in questo senso che la clausola debba essere intesa «in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario», anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale «l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto»³⁰. In questi termini, la stazione appaltante può fissare percentuali di riassorbimento nel bando nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dalla esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione

²⁸ Art. 36 c. 1 ultimo periodo «Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50», modificato dall'art. 8, comma 5, lettera 0a-bis), della legge n. 120 del 2020.

²⁹ «L'obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico». Così, Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148.

³⁰ In particolare, Cons. Stato, sez. V, 2, novembre, 2020, n. 6761. Ampia è la giurisprudenza che sostiene questa posizione Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665; sez. IV, 24 luglio 2019, n. 5243; sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066; sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731; sez. V, 17 gennaio 2018 n. 272; sez. III 5 maggio 2017, n. 2078; sez. V 7 giugno 2016, n. 2433; sez. III, 30 marzo 2016, n. 1255.

e l'organizzazione definita dal nuovo assunto, ma non già imporre il totale riassorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore.

In tema, una lettura più rigorosa coerente con il ruolo assegnato ai meccanismi di tutela sociale suggerisce che non dovrebbe essere sufficiente invocare la libertà di impresa onde giustificare un'applicazione flessibile della clausola sociale, bensì l'eventuale flessibilità, nei limiti in cui possa essere consentita, dovrebbe essere motivata in ragione della ricerca della maggior garanzia ed efficacia della prestazione in favore dell'amministrazione.

4. *Incidenza della clausola sociale nella fase di formazione del contratto pubblico*

È noto che le clausole sociali di cui si è discusso, sia relative all'equo trattamento, sia alla stabilità occupazionale, sono riconducibili ad obblighi orizzontali³¹ ed incidono sulla struttura del contratto in termini di condizioni di esecuzioni poste direttamente dalla legge, o in forza di essa per tramite dell'amministrazione.

Sebbene la loro efficacia si determini pienamente nella fase esecutiva, se ne deve evidenziare, già in ragione del dato positivo, la rilevanza anche nella fase della formazione del contratto, ferma rimanendo l'ormai consolidata e positivizzata incidenza nella verifica dell'anomalia.

Da un lato l'art. 94 c. 2 cod. contr. pubbl. dispone che «La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3», dall'altro, l'art. 95 c. 10 cod. contr. pubbl. prevede che «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)».

Sul piano pubblicistico occorre quindi considerare che il dovere di applicare una clausola sociale ha un'incidenza sia nella fase di formazione, sia in quella di esecuzione del contratto della pubblica amministrazione.

Ferma la possibile illegittimità del bando o della lettera di invito per mancato inserimento della clausola sociale, ove imposta dalla normativa, la sua previsione negli atti di gara implica in capo al partecipante alla procedura di selezio-

³¹ E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici*, cit., 135 ss.

ne un onere di dichiarazione ed esplicitazione delle modalità di adempimento a quanto in essa contenuto³².

In sede di presentazione dell'offerta è ritenuto onere del partecipante indicare il contratto collettivo ed aderire alla clausola sociale. Inoltre, il partecipante deve presentare in sede di offerta, secondo quanto chiarito nelle Linee guida n. 13 approvate dall'Anac con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, un «piano di compatibilità» o «progetto di assorbimento», al fine di dimostrare come ed entro quali limiti «l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale», tale da configurarsi come «una vera e propria proposta contrattuale [...] che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione», con conseguente possibilità per il lavoratore di «previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro»³³.

Stante, come osservato, l'ampia discrezionalità del concorrente in ordine alle modalità di adempimento della clausola sociale, diventa rilevante per l'ammissione o l'esclusione del concorrente la mera presentazione del progetto di assorbimento, dovendosi ritenere che la mancata presentazione consista in un'offerta condizionata e quindi inammissibile. Nell'offerta il concorrente, pertanto, deve inserire un progetto di assorbimento che illustri le concrete modalità di applicazione della clausola sociale (numero dei lavoratori, inquadramento e trattamento economico) a pena di esclusione dalla gara³⁴.

Resta problematica la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata presentazione di quanto previsto dalla clausola sociale.

In senso favorevole depone quanto previsto nelle Linee guida n. 13 del 2019 al pt. 3.5 ove si stabilisce che la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con la conseguente esclusione dell'offerta. Diversamente, ove le modalità di adempimento della clausola sociale siano anche oggetto di valutazione in sede di offerta tecnica, pur nei limiti di seguito specificati, ai sensi della normativa vigente e per il rispetto della *par condicio* non è ammesso il soccorso istruttorio.

Aspetto controverso è la possibilità, da ultimo citata, che la stazione appaltante possa inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta la formulazione del piano di compatibilità, assegnando un punteggio maggiore in senso premiale all'offerta che realizzi in maniera tendenzialmente piena il fine della stabilità occupazionale

³² Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato peraltro affrontato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere già citato reso sulle Linee guida dell'Anac relative all'applicazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016. Vds. Cons. Stato, Ad. comm. spec., parere 26 ottobre 2018, n. 2703.

³³ Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018, cit.

³⁴ Relazione illustrativa alle Linee guida n. 13 approvate dall'Anac con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, in *www.anac.it*, 14.

e più ampiamente l'adeguatezza retributiva. Sul punto la giurisprudenza ha ritenuto sussistere la possibilità sul presupposto che il bando riservi un punteggio tale da non rendere preponderante la valutazione di tale elemento. Si è evidenziato al riguardo come «il bando di gara che, oltre ad imporre mediante clausola sociale un riassorbimento pari al 50 per cento dei lavoratori impiegati dal precedente gestore del servizio, individui quale criterio di attribuzione di punteggio nella valutazione dell'offerta il massimo riassorbimento del restante personale, realizza di fatto una violazione del divieto per la stazione appaltante di prevedere obblighi di riassunzione che limitino eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente»³⁵. Sotto questo profilo, recentemente il Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053 ha affermato che la valorizzazione di criteri sociali nella scelta del contraente non risulti incoerente con l'oggetto del contratto, prendendo viceversa in considerazione aspetti relativi alla politica generale dell'impresa o altri aspetti estranei al programma contrattuale. Tuttavia, l'attribuzione di un punteggio premiale deve essere rispettosa del principio di proporzionalità senza incidere in maniera preponderante sul punteggio complessivo³⁶.

Fermo restando dunque che quanto dichiarato dal partecipante sarà giuridicamente vincolante in sede esecutiva in caso di aggiudicazione, i relativi contenuti, possono spiegare effetti nella formazione del contratto, oltre quello sinora detto, soprattutto nell'eventuale verifica dell'anomalia.

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243, ove si specifica che l'imposizione di riassumere, a pena di esclusione dalla gara, il 50% dei lavoratori impiegati dal precedente gestore del servizio ed il contestuale operare di tale clausola e del criterio di valutazione dell'offerta tecnica volto a premiare la riassunzione del maggior numero dei detti lavoratori, con l'assegnazione di un punteggio pari alla metà (25 punti) di quello complessivamente attribuibile, al concorrente che si fosse impegnato a riassorbire tutto il restante 50% del personale in parola, «produce effetti sostanzialmente analoghi a quelli di una clausola sociale di riassunzione pressoché totalitaria, con la conseguenza di condizionare in maniera significativa e oltremodo rilevante le scelte dell'imprenditore in ordine alle modalità più appropriate di allocazione dei fattori della produzione in base all'organizzazione d'impresa prescelta, imponendogli, così, un vincolo incompatibile con la libertà d'impresa, poiché idoneo a comprimere i valori di cui all'articolo 41, Cost. in modo eccessivo rispetto a quanto ragionevolmente esigibile nei confronti dell'operatore economico, il quale finirebbe per dover impropriamente assumere obblighi sostanzialmente riconducibili alle politiche attive del lavoro (Cons. Stato, Sez. V, 28/8/2017, n. 4079). In definitiva la congiunta applicazione delle due prescrizioni di gara (cinquanta più cinquanta) produce sostanzialmente l'effetto di aggirare il divieto di prevedere clausole sociali che impongano l'integrale riassorbimento del personale utilizzato dall'appaltatore uscente». In tema, Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443.

³⁶ B. Rabai, *Public procurement e clausole sociali. Un nuovo equilibrio tra diritti sociali e ragioni del mercato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 230.

5. *La verifica di anomalia dell'offerta*

Come già in precedenza osservato, la giurisprudenza è univoca nell'affermare che se alla clausola sociale non può essere attribuito alcun effetto automaticamente e rigidamente escludente, dovendo essere armonizzata e resa compatibile con il contesto dello stesso appalto e con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore, è parimenti riconosciuto che può costituire elemento di una più complessa valutazione in fase di verifica dell'anomalia di un'offerta³⁷.

Come è noto, il giudizio di anomalia dell'offerta è finalizzato alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Si tratta di una globale e sintetica valutazione svolta senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo³⁸, né attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte. Essa va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrarne la congruità³⁹.

La valutazione da parte della stazione appaltante dell'anomalia dell'offerta, riconosciuta dalla giurisprudenza espressione di cd. discrezionalità tecnica⁴⁰, deve essere pertanto resa alla luce del principio dell'autonoma e libera organizzazione dei

³⁷ Si veda in tema la recente monografia di M.M. Cellini, *L'anomalia dell'offerta. Valutazioni tecniche dell'amministrazione e sindacato del giudice*, Napoli, 2022.

³⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1361. La *ratio* di tale valutazione è quella di evitare, da un lato, «affidamenti ad offerte che nel loro complesso non appaiono suscettibili di buon esito riguardo agli interessi pubblici perseguiti e, dall'altro, comportamenti di *dumping* contrari al principio di libera concorrenza in un mercato regolato, senza in alcun modo pregiudicare il confronto concorrenziale fra le diverse possibili tecnologie e strategie imprenditoriali e senza, evidentemente, sovrapporsi alla necessità di un costante monitoraggio amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale della successiva fase attuativa, posto che la bontà dell'esecuzione del rapporto contrattuale e quindi la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito non sono necessariamente rapportate al maggiore costo dell'offerta prescelta».

³⁹ Cons. Stato, sez. III, 9 ottobre 2018, n. 579. Si osserva che «Negli appalti pubblici l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica, ma deve pur sempre essere affidato ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso. Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2063».

⁴⁰ Sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di manifesto e decisivo travisamento dei fatti, così Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8.

fattori produttivi da parte dell'offerente, divenendo l'applicazione del contratto collettivo uno degli elementi di valutazione per la sostenibilità complessiva dell'offerta.

La scelta ad opera di un concorrente di applicare un contratto collettivo di lavoro tale da determinare un abbattimento dei costi e, quindi, un prezzo più competitivo, ove sia rispettato il limite della stretta connessione con l'oggetto dell'appalto, potrà rilevare solo in sede di valutazione di congruità dell'offerta, ma non costituire causa di non ammissibilità⁴¹. Si è osservato che l'improprio inquadramento del personale da impiegare nel servizio comporta la corresponsione di una retribuzione inferiore a quella prevista per il suddetto personale, con la conseguenza che l'offerta economica presentata potrà ritenersi del tutto incongrua⁴². Si è ritenuto, viceversa, che non può «considerarsi anomala l'offerta, quando la stessa è riconducibile al minor costo del lavoro per il contratto applicato dall'impresa al proprio personale rispetto a quello applicato dalla precedente affidataria se, nella "*lex specialis*" di gara, si richiede di specificare il contratto applicato e che le mansioni richieste per l'esecuzione del servizio sono riconducibili a figure professionali, inquadrabili anche nelle previsioni di diverse tipologie contrattuali»⁴³. L'operatore economico, infatti, può mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala che «rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate»⁴⁴.

Va peraltro considerato che la verifica sui costi di manodopera si caratterizza per la natura vincolata dell'attività e mira alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come fissati dalla contrattazione collettiva, in una logica che sostanzialmente opera in modalità on/off, non tanto e non solo a presidio della regolarità della procedura (e della futura esecuzione dell'appalto), quanto piuttosto a tutela delle maestranze⁴⁵. Diversamente, «la riduzione del costo del personale, mediante scostamento dai valori indicativi contenuti nelle tabelle

⁴¹ Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2016, n. 589.

⁴² Tar Lazio, 17 ottobre 2012, n. 8528.

⁴³ Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444. Si osserva che «Legittimamente dunque l'appellata ha dichiarato di applicare il CCNL delle Cooperative sociali applicato a tutti i propri operatori e la sua offerta è stata verificata su tali basi».

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336.

⁴⁵ «È evidente, peraltro, che l'analisi sui costi per la manodopera indicati in gara non sottintende unicamente la verifica della capacità dell'impresa di stimare correttamente la presumibile spesa per tale fattore di produzione (e dunque la congruità della stima in sé considerata), ma, in termini sostanziali, la capacità dell'impresa di assolvere agli obblighi retributivi e contributivi durante il rapporto contrattuale, talché un importo incongruo non è solo il frutto di un'analisi errata, ma la spia di un potenziale rischio di non correttezza in fase esecutiva (in questo senso, è mutuabile la logica sottesa al subprocedimento di verifica dell'anomalia);- la verifica di anomalia persegue lo scopo di accertare la sostenibilità economica complessiva dell'offerta, alla luce delle prestazioni contrattuali e di quelle, eventualmente migliorative, dedotte nel progetto tecnico presentato in gara dall'impresa aggiudicataria. Tale attività, secondo l'opinione maggiormente accreditata nel panorama giurisprudenziale, costituisce per la stazione appaltante esercizio di discrezionalità tecnica, di regola insindacabile se non per manifesta erroneità o irragionevolezza (v., *quam multis*, Consiglio di Stato, 19.10.2020, n. 6317)». In questi termini, Tar Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994.

ministeriali, non esclude la congruità dell'offerta ove l'aggiudicatario, in sede di giustificazioni, ne dimostri in concreto l'affidabilità e la sostenibilità»⁴⁶. Infatti, mentre i minimi salariali stabiliti dalla contrattazione collettiva non sono derogabili, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono derogabili in quanto semplici parametri di valutazione della congruità dell'offerta utilizzato per definire ai sensi dell'art. 23, c. 16⁴⁷ per definire l'importo a base d'asta.

Così, se il trattamento minimo del contratto collettivo utilizzato è inderogabile, i parametri contenuti nelle tabelle ministeriali sono indicativi, sottolineandosi che, stante la rilevanza che assunto l'esigenza di tutela dei lavoratori, la motivazione addotta a giustificazione dello scostamento in sede di verifica dell'anomalia deve essere tanto più rigorosa e stringente quanto è più elevato lo scostamento⁴⁸.

6. *Le questioni sull'adempimento delle clausole sociali*

Una volta aggiudicato il contratto, il contenuto specifico assunto dalla clausola sociale, come declinata dal concorrente in sede di offerta, diviene parte del regolamento contrattuale, assumendo una plurima rilevanza sia nei confronti dell'amministrazione contraente, sia nel rapporto di lavoro tra impresa e lavoratori.

Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza attribuisce all'adempimento dei contenuti della clausola sociale una valenza relativa al rapporto di lavoro, ad esempio affermando in tema di riassorbimento che il «modo [con cui] l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispet-

⁴⁶ Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665. La clausola sociale e il conseguente mantenimento dei livelli occupazionali non possono ritenersi ostativi a scelte imprenditoriali ispirate all'ottimizzazione e all'efficienza dei modelli produttivi.

⁴⁷ Art. 23 c. 16 «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'articolo 216, comma 4. Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso».

⁴⁸ M.M. Cellini, *L'anomalia dell'offerta*, cit., 84; E. Caruso, *La funzione sociale nei contratti pubblici*, cit., 442.

tato la clausola sociale) attiene [...] alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro»⁴⁹.

Peraltro, ove le clausole dei contratti collettivi disciplinano il “cambio appalto”, prevedendo l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche, vincolano l’operatore economico non in qualità di aggiudicatario della gara, ma come imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo. La medesima clausola frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche sulla clausola contenuta nel bando di gara e determina la sussistenza di una posizione di diritto soggettivo in capo al lavoratore⁵⁰. Si osserva inoltre che «Appare conforme alla ratio dell’art. 3 della l. n. 68 del 1999 l’interpretazione di questa fornita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nell’interpello n. 23 del 1° agosto 2012, e cioè che «nell’ipotesi di acquisizione di personale già impiegato in appalto, c.d. “cambio appalto”, l’incremento dell’occupazione assume carattere provvisorio, in quanto destinato a subire, inevitabilmente, una contrazione al termine dell’esecuzione dell’appalto stesso» e che, di conseguenza, «il personale che transita dall’azienda uscente all’azienda subentrante non dovrà essere computato nella quota di riserva ai fini dell’art. 3, l. n. 68 del 1999»⁵¹.

L’adempimento delle clausole sociali – tanto quelle relative all’equo trattamento, tanto quelle occupazionali per le quali è presentato un corrispondente piano di riassorbimento – in sede di esecuzione del contratto non si sostanzia esclusivamente in una questione lavoristica, ma assume rilevanza anche sul rapporto che intercorre tra l’amministrazione ed il suo contraente. Una tale prospettiva è riconosciuta espressamente nelle Linee guida Anac n. 13 del 2019, richiamando l’adozione dei rimedi avverso l’inadempimento da parte del contraente pubblico. Si precisa al pt. 5.3 delle Linee guida Anac che l’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravi-

⁴⁹ Cons. Stato, n. 6148 del 2019; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 15 dicembre 2016, n. 5311.

⁵⁰ Cons. Stato, sez. V - 12/09/2019, n. 6148; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 28 gennaio 2019, n. 690; III, 4 gennaio 2019, n. 90; V, 26 novembre 2018, n. 6689; V, 2 agosto 2018, n. 4785).

⁵¹ Cons. Stato, sez. III, 24 gennaio 2018, n. 490 in cui si richiama la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2017, n. 383, secondo cui «dal computo dei lavoratori impiegati ai fini della quota di riserva devono essere esclusi i lavoratori assunti in virtù delle c.d. clausole sociali, ossia il personale assunto a seguito e in ragione dell’aggiudicazione di un appalto e destinato, al termine dello stesso, a transitare alle dipendenze del nuovo aggiudicatario».

tà della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

Sul punto la giurisprudenza sostiene che, mentre il potere dell'amministrazione si esercita al momento della definizione del bando e dello schema di capitolato che ha condotto all'assegnazione dell'appalto, la mancata verifica del rispetto della clausola sociale riguarda un momento che non intercetta l'esercizio di un potere pubblicistico, ma che riguarda la corretta esecuzione negoziale, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo⁵². Ancorché venga in discorso l'uso dei poteri privatistici del contraente pubblico, non sembra priva di rilevanza giuridica la sua peculiare posizione in ragione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico in ogni fase del rapporto, unitamente alla pervasività del principio concorrenziale assunto anch'esso ad interesse pubblico dall'ordinamento. A fronte di un assetto di interessi cristallizzato dal contratto, come scaturito all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, l'alterazione della stabilità del rapporto sinallagmatico in sede esecutiva può incidere sul primo ed anche a volte sul secondo degli aspetti sopra enunciati.

Al riguardo, si osserva che, mentre nei contratti tra privati la rilevanza giuridica della scorretta esecuzione è tradizionalmente circoscritta alle parti contrattuali, con la pubblica amministrazione «l'inadempimento può assumere rilevanza giuridica anche per i terzi in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza»⁵³ o di altri valori e interessi (si pensi al buon uso delle risorse pubbliche, che è un interesse non già ascrivibile alla sola amministrazione contraente, bensì riferibile all'intero ordinamento). Perspicue sono le considerazioni dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, cit., che ha riconosciuto come a fronte della facoltà prevista ai sensi dell'art. 110, c. 1, d.lgs. 50/2016⁵⁴ «di procedere allo scorrimento della graduatoria, con il subentro del secondo classificato o dei successivi secondo l'ordine della stessa, o di indire una nuova gara per il soddisfacimento delle proprie esigenze, laddove permangano immutate e salva, ovviamente, l'eccezionale facoltà di revocare l'intera procedura gara stessa, se queste esigenze siano addirittura venute meno, e di non bandirne più nessuna» sussista «l'interesse dell'operatore economico, che abbia partecipato alla gara, quantomeno meno a conoscere illegittimità, afferenti alla pregressa fase pubblicistica ma emersi solo in sede di esecuzione (ipotesi di

⁵² Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726.

⁵³ Così, R. Cavallo Perin, M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 325 ss.

⁵⁴ L'Adunanza plenaria afferma come lo scorrimento della graduatoria costituisca esercizio di facoltà, sostenendo che lo scorrimento «nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, è rimasta anche nel nuovo codice dei contratti pubblici una facoltà discrezionale della pubblica amministrazione, come è reso manifesto dalla lettera dell'art. 108, comma 8, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, laddove menziona «la facoltà prevista dall'art. 110, comma 1». In tema, F. Fracchia, W. Giuliotti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 123 ss.

c.d. recesso pubblicistico o, più precisamente, forme di annullamento in autotutela, discrezionale o doverosa, secondo le ipotesi sopra ricordate in via esemplificativa), o comunque inadempimenti manifestatisi in fase di esecuzione (ipotesi di c.d. recesso privatistico)».

È evidente che molte ipotesi di risoluzione di cui all'art. 108, d.lgs. 50/2016 – se non tutte – si traducono in veri e propri doveri di condotta per l'amministrazione contraente, nel senso di rendere doveroso l'esercizio dei diritti potestativi spettanti che massimizzino la cura dell'interesse del contraente e garantiscano il rispetto dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla gara. Ciò non implica necessariamente un'attrazione pubblicistica in ordine alle situazioni soggettive o alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie, ma indubbiamente, anche in relazione alla cognizione del giudice ordinario, mette in discussione l'idea tradizionale dell'irrelevanza giuridica dei motivi di azione dell'amministrazione nell'esercitare diritti potestativi in fase di esecuzione del contratto. A fronte dell'esercizio di detti diritti potestativi possono configurarsi interessi giuridicamente rilevanti, non solo ovviamente in capo al contraente, ma anche ai terzi.

La ricerca di una reale effettività delle clausole sociali, scarsamente incisive nella fase di aggiudicazione, non può che passare in sede di esecuzione per il riconoscimento della doverosità da parte del contraente pubblico di esercitare i rimedi sull'inadempimento. Ciò, in particolare, quando la gravità dello stesso non solo incida sulla posizione soggettiva dei lavoratori, già tutelabile in sede civile, ma sia suscettibile di pregiudicare complessivamente la prestazione.

La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali

La regolazione indirizzata alla protezione dei lavoratori negli appalti pubblici, soprattutto attraverso le c.d. clausole sociali, costituisce aspetto rilevante del tema del contrasto al lavoro povero. In considerazione del fatto che la spesa pubblica per appalti e concessioni rappresenta mediamente oltre il 10% del Pil annuale, è evidente l'impatto che meccanismi competitivi previsti per l'aggiudicazione possono avere sul costo del lavoro e sulle condizioni dei lavoratori sia in termini di protezione, sia di promozione.

Le clausole sociali fungono in questo senso da calmieri affinché la competizione, che può ben svolgersi sull'organizzazione del lavoro, non pregiudichi le condizioni di equo trattamento dei lavoratori, incidendo sulla determinazione dei livelli retributivi della manodopera impiegata e più in generale all'applicazione del contenuto di garanzia dei contratti collettivi (c.d. "clausola prima generazione"), nonché sul riassorbimento del personale a seguito di una nuova aggiudicazione (c.d. "clausola sociale di assorbimento" o di "seconda generazione").

Ancorché le clausole sociali costituiscono condizioni di esecuzione dei contratti pubblici, la loro rilevanza non si esaurisce nella sola fase esecutiva, in termini di garanzie per la loro effettività, ma anche nella fase di formazione in termini di controllo sull'adeguatezza e sul valore della futura prestazione contrattuale.

Labor protection in public contracts through social clauses

The legislation aimed at the protection of workers in public procurement, in particular through the so-called social clauses, is an important aspect of the issue of the fight against poor work. In fact, considering that the cost of public contracts and concessions represents over 10% of annual GDP, it is clear the impact that the competitive mechanisms envisaged for assignment can have on the cost of labor and on the conditions of workers in terms of protection and promotion.

The social clauses act in this sense as a control so that competition, which can well take place on the organization of work, no undermines the conditions of fair treatment of workers, affecting the determination of the remuneration levels of the employed workforce and more generally on the application of the content of guarantee of collective agreements (so-called "first generation clause"), as well as on the re-absorption of personnel following a new assignment (so-called "social absorption clause" or "second generation").

Although the social clauses constitute conditions for the execution of public contracts, their relevance does not end only in the executive phase, in terms of guarantees on their effectiveness, but also in the formative phase in terms of control over the adequacy and value of the performance.

L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici

Francesco Vetrò, Giovanni Lombardo, Michela Petrachi*

SOMMARIO: 1. Premessa sul contratto pubblico: le ragioni (in pillole) di una evoluzione tormentata. – 2. La parabola evolutiva della disciplina dei contratti pubblici. – 3. L'opportunità di un'analisi di impatto delle novelle più significative al Codice (ancora) vigente. – 3.1. Le variabili considerate nell'analisi di impatto. – 3.2. I risultati dello studio d'impatto. Vantaggi e svantaggi, in (dis)equilibrio. – 4. L'evoluzione normativa nell'emergenza sanitaria. – 5. Considerazioni di sintesi: in corsa verso la semplificazione. – 6. Tre regole per migliorare le misure in materia di appalti, dal vecchio al nuovo Codice. – 7. Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: la ricerca della semplificazione nella quantità, nella forma e nel contenuto delle disposizioni. – 8. Riflessioni conclusive: la semplificazione 'presa sul serio'.

1. *Premessa sul contratto pubblico: le ragioni (in pillole) di una evoluzione tormentata*

Il contratto rappresenta una «strada maestra»¹ dell'agire delle Amministrazioni pubbliche se sol si considera la significativa frequenza² del suo utilizzo³. Nondimeno, l'istituto ha da sempre sollecitato (e tutt'ora sollecita) una serie di considerazioni in ordine allo statuto normativo applicabile: pubblico oppure privato.

* Il presente contributo è frutto di una riflessione comune degli Autori e di una scrittura per lo più congiunta dei paragrafi di cui si compone. Al solo fine dell'attribuzione formale dell'apporto di ciascuno: si devono a Francesco Vetrò i paragrafi 1, 5 e 8, a Giovanni Lombardo i paragrafi 3, 3.1 e 3.2, 6 e a Michela Petrachi i paragrafi 2, 4 e 7.

¹ In questi termini v. M. D'Alberti, *La prolusione romana di Giannini*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2018, 9, 12. Ivi l'Autore richiama le considerazioni di Massimo Severo Giannini, secondo cui «con l'avvento dello Stato pluriclasse i moduli convenzionali sono talmente aumentati in quantità e qualità che si può parlare di un diverso modo di amministrare»; sicché, «l'Amministrare per contratti» e la «ricerca del consenso» sono ormai strade maestre dell'agire pubblico.

² M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo*, Padova, 1997, secondo cui la pubblica amministrazione ricorre frequentemente allo strumento dell'appalto per presidiare gli interessi di cui è depositaria e perseguire gli obiettivi per cui è preposta.

³ Negli ultimi venticinque anni il ricorso a questo istituto è stato massiccio, costituendo oltre il 15% del prodotto interno lordo degli Stati europei e una delle voci più significative della spesa pubblica nazionale; v., al riguardo, le considerazioni di F. Caringella, *Manuale ragionato di Diritto amministrativo*, Roma, 2021, 1109.

Del resto, la formula “contratto pubblico” palesa una eccentrica mescolanza: da una parte, il contratto rappresenta la più significativa attuazione del principio di autonomia negoziale stabilito nell’articolo 1321 del Codice civile; dall’altra, la pubblicità del soggetto contraente evoca il paradigma dell’azione amministrativa imperativa. Esso è, dunque, uno strumento di origine privatistica la cui disciplina è marcata, tuttavia, dalla natura pubblica di uno dei contraenti; il che rivela, poi, l’insistenza di quello strumento su un filo, teso tra diritto dei privati e diritto delle Amministrazioni pubbliche⁴.

Lungi dal rappresentare una discrasia⁵, quella mescolanza tiene in conto la duplice capacità d’agire, pubblica e privata, della pubblica Amministrazione⁶; quest’ultima, infatti, può esercitare anche l’autonomia negoziale in tutte le sue forme⁷, ovvero concludere contratti tipici o atipici, purché compatibili con lo scopo di tutela dell’interesse pubblico perseguito.

Per le ragioni su esposte in sintesi e, comunque, in ossequio al principio europeo di neutralità della soggettività pubblica⁸ sembra (più) corretto reputare che il contratto sia “del soggetto pubblico” piuttosto che pubblico: così arrivando alla conclusione che a quello strumento continui ad applicarsi il paradigma normativo privatistico, tipico della formula contrattuale. Proprio la selezione dello statuto privatistico della disciplina ha determinato via via un massiccio ricorso allo strumento del contratto nell’esercizio dell’azione pubblica: ciò per il convincimento che quello statuto garantisse all’operato amministrativo celerità e, in definitiva, maggiore efficienza⁹.

⁴ V. A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Scritti in onore di Lucio Valerio Moscarini*, Roma, 2016, 516, secondo cui «pubblico e privato, se predicati dell’ordinamento giuridico, appaiono a tutta prima qualificazioni di fatti antitetici, la cui essenza è sovente racchiusa in diadi collocate agli antipodi: Stato e mercato, autorità e libertà, interesse generale e interessi particolari, potere e consenso».

⁵ Il termine discrasia è «un prestito dal greco antico δυσκрасία, parola composta dal prefisso δυσ- con valore negativo di 'cattivo, difficile' (collegato con la nozione di 'irregolarità, difficoltà, alterazione, anomalia, male'), dal tema κρα del verbo κερώννυμι 'io mescolo' e dal suffisso nominale -σία a indicare l'azione; il suo significato letterale era dunque di 'cattiva mescolanza', 'cattivo temperamento', 'perturbamento', in www.accademiadellacrusca.it.

⁶ L’articolo 11 del Codice civile stabilisce, più in particolare, una libertà «condizionata» dell’Amministrazione pubblica poiché prevede che «le province e i comuni nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come di diritto pubblico». V. F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, cit., 1109.

⁷ L’autonomia negoziale dell’Amministrazione pubblica incontra un limite nella meritevolezza dello scopo: sicché sono vietati il gioco e la scommessa perché ritenuti non razionali ovvero i contratti finanziari ad alto rischio. Ulteriori limiti sono, poi, individuati dalle leggi che limitano opere pubbliche per ragioni di equilibrio di bilancio.

⁸ Secondo cui, in definitiva, la neutralità delle forme giuridiche delle soggettività dell’attività giuridica ha comportato la necessità di spostare l’attenzione sugli strumenti in concreto adoperati, e in particolare sulla presenza o meno di un procedimento capace di coinvolgere gli interessi di tutti coloro i quali entrino in contatto, diretto o indiretto, con l’attività concretamente svolta dall’Amministrazione pubblica.

⁹ In argomento v. M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; G. Rossi, *Pubblico e privato. Osservazioni di merito per evitare di “andare a farfalle”*, in *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica. Atti del Convegno Annuale*, Milano, 27-29 settembre 2013, Napoli, 2014, 109. V. anche F. Gaspari, *Giurisdizione amministrativa e soggetti di diritto privato: l’esercizio del pubblico potere come paradigma sulla base del quale radicare la giurisdizione amministrativa*, in www.dirittoamministrativo.it secondo cui «nel nostro Paese, come è accaduto anche in altre realtà europee, l’Amministrazione degli ultimi anni è stata interessata da

Com'è ragionevole supporre, però, la corsa all'utilizzo dello strumento ha causato il frequente intervento del Legislatore con lo scopo di impedire sacche di azione amministrativa sottratte al vaglio della legalità (pubblicistica *ex art.* 97 della Costituzione) ovvero di chiarire i lati più oscuri della disciplina sull'argomento.

Interventi, questi, di sistema, provocati cioè dall'esigenza di assicurare che lo statuto privatistico fosse adeguatamente plasmato sul contratto stipulato dal soggetto pubblico. Nondimeno, l'intervento del Legislatore è stato dettato anche da esigenze contingenti: la crisi economica e, dunque, la improcrastinabile necessità di avviare i lavori nei cantieri, di dotare il Paese delle infrastrutture utili a competere a livello europeo; la pandemia e le sue ripercussioni sanitarie ed economiche.

Dunque, sulla materia il Legislatore è intervenuto più volte: sia per evitare, come anticipato, 'zone franche' nell'attività amministrativa, sottratte cioè al vaglio di legalità, sia per assicurare la competitività dello Stato-apparato sia, ancora, per fornire alle Amministrazioni gli strumenti per dotarsi tempestivamente dei dispositivi medico-sanitari e tecnologici per affrontare la pandemia.

Ne è derivata una normazione fluida e in continua evoluzione il cui comune divisore è stato rappresentato dall'intendimento del Legislatore di risolvere qualsivoglia forma di complessità con una previsione legislativa orientata alla semplificazione del procedimento amministrativo e, con esso, degli adempimenti a carico degli operatori e delle Amministrazioni pubbliche.

Per capire tuttavia se la semplificazione abbia rappresentato (e tutt'ora) rappresenti un'utopia, un obiettivo concreto oppure un inganno non resta che esaminare i plurimi interventi legislativi in cui è stata evocata e i relativi precipitati in concreto.

Tanto al fine di ricavare spunti utili di riflessione e di analisi anche della più recente riforma della materia, avviata con la Legge 21 giugno 2022 n. 78, recante «Delega al Governo sulla materia dei contratti pubblici» e allo stato trasfusa nello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato¹⁰ e approvato dal Governo in via preliminare il 16 dicembre 2022, nel momento in cui si scrive all'esame delle Commissioni parlamentari¹¹.

un intreccio sempre maggiore tra le due aree del diritto e, in particolare, ad una propensione sempre maggiore verso il diritto privato, che ha contribuito, appunto, ad una minor nettezza di confini tra l'area del diritto pubblico e l'area del diritto privato. In particolare, questo intrecciarsi dei due diritti ricomprende, innanzitutto, il fenomeno dell'attività amministrativa di diritto privato, ovvero la preferenza per l'uso degli strumenti civilistici nelle attività delle pubbliche Amministrazioni; inoltre, dal diritto privato come strumento delle attività delle amministrazioni si è passati ad un ulteriore sviluppo, consistente nel ricorso al diritto privato anche nell'ambito dell'organizzazione amministrativa».

¹⁰ Con le modifiche apportate anche tenendo conto dei lavori del Tavolo Tecnico congiunto tra il Consiglio di Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le altre amministrazioni interessate. Il testo è consultabile sul sito della giustizia amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Che dovranno esprimersi entro l'8 febbraio 2023.

2. *La parabola evolutiva della disciplina dei contratti pubblici*

È tormentata, come si è avuto modo di anticipare, l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, attraversata da (almeno) due macro ondate: la prima, più risalente, di matrice interna; l'altra unionale.

La prima: è connotata dall'assenza, ancora, di una politica europea di integrazione. In questa fase sono molteplici i riferimenti nazionali ai 'contratti pubblici' racchiusi nel Decreto Regio n. 2440 del 18 Novembre 1923, denominato Legge di Contabilità di Stato; nel suo Regolamento attuativo, ossia nel Decreto Regio n. 827 del 23 Maggio 1924. In questa fase, l'intendimento del Legislatore era quello di garantire l'interesse pubblico attraverso il risparmio di spesa, assicurato dalla scelta del miglior offerente in termini di economicità e di efficacia dei lavori proposti.

La seconda: prende le mosse negli anni '90 con l'esordio delle prime direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Questo moto evolutivo è ancora in esercizio: pertanto, sono doverose alcune considerazioni più analitiche.

Negli anni '90 sono sopravvenute ben quattro direttive, tutte orientate all'instaurazione progressiva di un mercato senza frontiere, pur nel rispetto, per quanto possibile, delle prassi consolidate negli ordinamenti interni: la Direttiva 93/37/CEE, relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari; la Direttiva 92/50/CEE inerente alla fornitura di servizi da parte di operatori privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari; infine le Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, inerenti agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, c. d. settori esclusi.

Al livello nazionale, l'intervento normativo comunitario è stato seguito a cascata dalla Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) e dai successivi Decreti legislativi di attuazione.

In questa (seconda) fase cambia in maniera significativa¹² l'approccio del Legislatore: non più soltanto proteso al risparmio della spesa pubblica, dunque contabilistico¹³, ma anche (e principalmente) proconcorrenziale. Il che, per le ragioni di celerità ed efficienza sopra accennate, ha affrettato la corsa all'impiego del contratto soprattutto per l'affidamento di servizi e forniture da parte delle pubbliche Amministrazioni a operatori economici privati.

A tanto deve aggiungersi che la Legge Merloni è entrata in vigore in una fase particolare della storia italiana, ossia nel periodo immediatamente successivo a 'Tangentopoli'; per questa ragione, quella Legge ha dato uno slancio significativo alla disciplina sulla contrattualistica pubblica in chiave anticorruptiva; essa è

¹² E consequenziale rispetto all'avvento della citata disciplina europea sui contratti pubblici.

¹³ Non a caso, come evidenziato, la prima normativa relativa (anche) al contratto stipulato dall'Amministrazione pubblica è nota come Legge di Contabilità di Stato.

attraversata, infatti, da una profonda *ratio* garantista della correttezza e della trasparenza dell'azione amministrativa, da una parte, e del mercato libero dall'altra.

A queste due anime devono essere ricondotte le disposizioni relative all'individuazione dell'Organismo di vigilanza, del Responsabile unico del procedimento e dell'Osservatorio dei lavori pubblici; nonché quelle inerenti alla previsione di cause tassative di estromissione dalla gara; al subappalto *et similia*.

Nondimeno proprio la "durezza" della Legge, nell'immediatezza salutata con favore, ha segnato ben presto il suo declino: l'imponente architave burocratica che l'ha connotata ha reso impervia la strada dei contratti pubblici, generando una progressiva e significativa diffidenza degli operatori economici verso la stipulazione di contratti con le Amministrazioni.

Allo scopo di snellire il procedimento evidenziale di affidamento dei contratti e, dunque, di superare il rischio via via più concreto di paralisi del settore, conseguente soprattutto al numero elevato di contenziosi pendenti, è intervenuta la Legge 21 dicembre 2001, n. 443 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale¹⁴.

Con quest'ultimo intervento normativo il Legislatore ha inteso assicurare la sollecita realizzazione di infrastrutture a carattere strategico per consentire al Paese di partecipare ai "corridoi" europei per il movimento delle merci e delle persone¹⁵. A questo scopo il Legislatore ha introdotto norme puntuali in tema di finanza di progetto per finanziare e realizzare le infrastrutture anche con il contributo di fondi privati; di tempi di approvazione dei progetti preliminari/definitivi; di risoluzione delle interferenze con servizi pubblici e privati; ha assegnato al CIPE la competenza nella valutazione delle proposte dei promotori, di approvazione dei progetti e di vigilanza sulla esecuzione degli stessi.

Agendo in maniera mirata sul tempo del procedimento di affidamento, il Legislatore ha sacrificato, in pratica, l'esigenza di un elevato *standard* di correttezza dell'operato amministrativo, perseguita con la Legge Merloni, sull'altare della celerità.

In questo contesto caratterizzato da una ipertrofia normativa, sovranazionale e nazionale, è entrato, poi, in vigore il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici)¹⁶, il quale ha raccolto in un unico testo tutta la materia dei contratti pubblici.

Il Codice è apparso rivoluzionario perché ha racchiuso una materia frazionata in plurimi interventi normativi; da questo angolo visuale, la scelta legislativa è

¹⁴ Le infrastrutture che avrebbero dovuto avere una significativa accelerazione erano, in particolare: il sistema M.O.S.E., il Ponte sullo stretto di Messina, i sistemi ferroviario, stradale ed autostradale, i sistemi urbani e metropolitani, la rete metropolitana campana e i sistemi idrici.

¹⁵ Si rinvia ai corridoi che attraversano l'Italia: Berlino-Verona-Bologna-Roma-Napoli-Reggio Calabria-Palermo; Lisbona-Lione-Torino-Milano-Trieste-Kiev; Bari-Mar Nero; corridoio dei due mari, asse Rotterdam-Genova, individuati nella decisione del Parlamento europeo n. 884/2004/CE del 29 aprile 2004.

¹⁶ Poi, il suo Regolamento di esecuzione e di attuazione, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

risultata trionfante perché ha fornito agli operatori giuridici ed economici un unico testo con il quale confrontarsi lungo l'intero *iter* di affidamento del contratto.

Volendo sviluppare, ora, un primo ragguaglio del passaggio da una prospettiva contabilistica a una pro concorrenziale è utile ricordare che, nella prima fase, erano previste soltanto quattro diverse modalità di scelta dell'operatore economico, l'asta pubblica o il pubblico incanto, la licitazione privata, l'appalto concorso e la trattativa privata; sovente aperte a pochi operatori economici e soprattutto connotate dalla flessibilità dell'oggetto della gara; nella seconda fase, invece, marcata dall'avvento della disciplina europea, diventa centrale l'attuazione della concorrenza. Di conseguenza, in questa fase il Legislatore nazionale ha dato ampio rilievo alle procedure competitive¹⁷, limitando e, addirittura, ostacolando con la previsione di misure sempre più restrittive il ricorso, ad esempio, alla costituzione di società *in house providing* sul presupposto che l'internalizzazione ostasse al libero mercato¹⁸.

Di interesse è anche la circostanza che proprio il predetto cambio di approccio ha provocato un contrasto tra Legislatore nazionale e Legislatore regionale, le cui competenze in materia di contabilità venivano via via erose.

In argomento, decisiva è stata la pronuncia della Corte costituzionale 23 novembre 2007 n. 401¹⁹, con cui la Corte ha respinto una serie di censure formulate dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice. La Consulta ha ritenuto dirimente il tenore testuale dell'art. art. 117, com-

¹⁷ Tra cui, com'è noto, ricadono le procedure aperte, negoziata, ristretta nonché il sistema dinamico di acquisizione.

¹⁸ In argomento v. Cons. Stato, ordinanze di remissione ai sensi dell'art. 267 TFUE n. 138 del 7 gennaio 2019; n. 293 e n. 296 del 14 gennaio 2019. Con quelle ordinanze il Consiglio di Stato ha sollevato innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea due questioni pregiudiziali sulla esatta interpretazione dell'art. 12, par. 3, Dir. 2014/24/UE e, quindi, sulla compatibilità tra la normativa nazionale, secondo cui l'affidamento *in house* ha carattere residuale ed eccezionale, e il diritto europeo, viceversa ispirato al principio di libertà di organizzazione delle pubbliche amministrazioni. Più in dettaglio, i Giudici di Palazzo Spada hanno richiesto se le norme interne che esigono la dimostrazione dei vantaggi dell'affidamento *in house*, rispetto alle altre forme (artt. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50 del 2016) nonché quelle che impongono il vincolo del perseguimento delle proprie finalità istituzionali delle partecipazioni e del controllo analogo congiunto in caso di affidamento *in house* a società pluripartecipata (art. 4, c.1 del d.lgs. n. 175 del 2016) siano compatibili con il diritto europeo. V., poi, Corte Giustizia UE sez. IX – 06 febbraio 2020, n. 89 con cui il Giudice europeo ha riscontrato le predette ordinanze. Secondo il Giudice europeo l'affidamento *in house* effettuato previa verifica dell'impossibilità di bandire una gara d'appalto è legittimo. A questa conclusione la Corte perviene ritenendo che gli Stati membri sono liberi di scegliere la modalità di prestazione dei servizi; secondo la Corte, cioè, salve le regole fondamentali del TFUE sulla libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi e i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza, il diritto unionale non obbliga gli Stati ad affidare a terzi ovvero a esternalizzare la prestazione di un servizio. Pertanto, gli Stati membri possono subordinare la scelta di ricorrere all'affidamento *in house* all'assenza di alternative ovvero alla impossibilità di indire una gara d'appalto e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'internazionalizzazione. In dottrina v. A. Meale, *Affidamenti in house e controllo societario - L'affidamento a società in house come eccezione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giur. It.*, 2020, 5, 1178; C.P. Guarini, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *www.federalismi.it*, n. 8, 2019.

¹⁹ In *www.giurcost.it* con commento di R. De Nicolis, *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*.

ma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento; ha valutato, dunque, superata la concezione “contabilistica” della disciplina dei contratti pubblici ed essenziale l’armonizzazione della disciplina interna, tra Regioni, con quella europea.

La decisione della Corte ha rappresentato un passo importante sulla strada dell’attuazione del diritto unionale dei contratti pubblici perché ha stigmatizzato la centralità dei Paesi membri nell’applicazione (conforme) del diritto europeo.

Occorre un balzo di dieci anni per approdare al vigente Codice dei Contratti pubblici, ossia al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con cui il Legislatore nazionale ha recepito le sopravvenute²⁰ direttive 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali.

Sulla portata del Codice dottrina e giurisprudenza si sono interrogate fin da subito, individuando significativi cambiamenti di prospettiva in ordine (1) alla procedura evidenziale e, in particolare, (2) ai criteri di valutazione dell’offerta nonché (3) al contenzioso e, ancora, (4) all’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici.

Con riferimento al primo profilo, vale a dire alla procedura evidenziale, emerge con forza il carattere primario ed essenziale dell’affidabilità e della serietà dell’offerta e del proponente, valorizzata anche dalla previsione e dall’attuazione nel diritto giurisprudenziale del principio del soccorso istruttorio²¹. In argomento rileva il passaggio (normativo) da una procedura di gara al cui esito era selezionato l’operatore

²⁰ Rispetto alle direttive già richiamate: ossia la Direttiva 93/37/CEE, relativa agli appalti pubblici di lavori nei settori ordinari; la Direttiva 92/50/CEE inerente alla fornitura di servizi da parte di operatori privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni; la Direttiva 93/36/CEE, relativa agli appalti pubblici di fornitura nei settori ordinari; infine le Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, inerenti agli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, c. d. settori esclusi.

²¹ Il principio ha fondamento nell’art. 6 comma 1, lettera b), della Legge 7 agosto 1990, n. 241 secondo cui «il responsabile del procedimento: [...] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari, e adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali». In ossequio a un generale principio di prossimità della pubblica Amministrazione al privato amministrato, la richiamata disposizione individua gli adempimenti che il Responsabile può effettuare nel corso del procedimento al fine di evitare formali, in pratica evitabili arresti procedurali. Il che è in perfetta sintonia con l’idea di una effettiva leale collaborazione tra Amministrazione e amministrati. Più in generale, il soccorso istruttorio è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo, incluso quello evidenziale di affidamento di un contratto pubblico. In questo settore, l’istituto è stato introdotto con la Direttiva del Consiglio n. 71/305/CEE del 26/07/1971, poi disciplinato dall’art. dell’art. 56, para 3, della Direttiva 24/2014/UE; infine, recepito in Italia dall’art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016. Esso è connesso alla disciplina del Responsabile unico del procedimento, il quale, al fine di colmare lacune documentali e, comunque, nel rispetto dei principi di *par condicio competitorum* e di imparzialità, può integrare la documentazione prodotta e rettificare le dichiarazioni o istanze erronee o incomplete che dovessero comparire nella fase istruttoria preordinata all’emanazione dell’atto finale. All’evidenza, il soccorso istruttorio non può essere applicato per ammettere domande di partecipazione radicalmente inidonee per essere ammesse, ma soltanto per consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione incomplete e/o irregolari.

che aveva confezionato meglio la propria candidatura a una procedura in cui rileva piuttosto la domanda migliore, pur prescindendo dalle modalità di presentazione²².

Strettamente connesso al primo profilo è il secondo: ossia il passaggio da criteri di valutazione delle offerte prettamente quantitativi a criteri qualitativi, condizionati dall'utilità sostanziale e dalla sostenibilità ambientale²³.

Quanto al terzo profilo rileva il passaggio da una pluralità di stazioni appaltanti, anche di dimensioni particolarmente ridotte, a poche centrali di committenza capaci di gestire procedure più complesse.

In ordine, poi, agli ultimi due profili, è significativa l'evoluzione del contenzioso amministrativo in materia di contratti pubblici: la *ratio* sottesa alla previsione di una immediata impugnazione degli atti di ammissione/esclusione alla gara è strumentale a deflazionare il contenzioso ovvero a ridurre i relativi tempi al fine di non ostacolare la realizzazione di opere piuttosto che l'erogazione e/o la fornitura di servizi pubblici e di beni al pubblico.

Impatto significativo sul contenzioso ha anche l'odierna Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ossia l'Autorità nazionale anticorruzione (di qui, ANAC)²⁴, la quale racchiude ora poteri di regolazione, di vigilanza, di sanzione

²² V. Tar Piemonte, Sezione I, 14 luglio 2020, decreto n. 354: in materia di accordo quadro per la fornitura di test rapidi sierologici per la rilevazione qualitativa di anticorpi IgG e IgM anti Sars Cov-2, pur evidenziando che, in corso di gara, la controinteressata aveva presentato documentazione scientifica *ad hoc* a supporto della qualità della propria proposta, tenuto conto che i prodotti dedotti in gara erano sperimentali sul mercato, il Tar ha ritenuto che, prima di escludere la Ricorrente, la stazione appaltante avrebbe «dovuto formulare la richiesta integrativa espressione del principio del soccorso istruttorio, di produzione di analoga documentazione alla ricorrente».

²³ Sull'inserimento di criteri ambientali di valutazione dell'offerta *leading case* è stato *Concordia Bus Finland*, deciso dalla Corte di giustizia europea con sentenza del 17.9.2002 (C-513/99): ivi, la Corte ha chiarito che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può avere un contenuto economico, sociale e ambientale: invero, secondo la Corte «il principio della parità di trattamento non osta a che siano presi in considerazione criteri collegati alla tutela dell'ambiente» a condizione che, com'è ovvio, questi siano connessi all'oggetto della procedura e, comunque, obiettivi e indistintamente applicabili a qualunque potenziale partecipante alla gara. Secondo il diritto giurisprudenziale europeo, le stazioni appaltanti potevano inserire criteri di valutazione non prettamente economici a condizione che essi non producessero effetti discriminatori nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri e fossero adeguatamente pubblicizzati nel bando di gara. Al livello normativo nazionale, sovengono ora l'art. 34 del D.lgs. n. 50/2016 secondo cui le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal piano di azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica Amministrazione attraverso l'inserimento all'interno della documentazione progettuale delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali previste nei criteri ambientali minimi stabiliti con decreto ministeriale in ordine alle diverse categorie d'appalto; e l'art. 71 di quel Codice stabilisce che i bandi debbono prevedere obbligatoriamente i criteri minimi ambientali di cui all'art. 34. E ancora, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/16 introduce una nuova clausola di esclusione dalla gara: ossia la violazione degli obblighi in materia ambientale imposti dall'art. 34 dello stesso decreto. Sul tema degli appalti verdi v. F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; O. Hagi Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli 'appalti verdi' nel panorama europeo e nazionale*, in *www.italiappalti.it*, 2017; A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016; C. Viviani, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. e contr.*, 2016, 4; G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl. comunit.*, 2012, 819 ss.

²⁴ Sul solco tracciato dalla Legge n. 190 del 2012, che ha preso atto dell'esistenza di un 'fenomeno' corruttivo diffuso e ha avviato un processo finalizzato a risolvere il problema, basato su uno strumento – la prevenzione –

e di consulenza²⁵ e che nell'esercizio dei detti poteri è in costante dialogo con gli

diverso da quello sanzionatorio e processuale, il Legislatore ha declinato le funzioni dell'Autorità ed esteso il suo raggio di azione sia nella lotta alla corruzione sia nella regolazione del mercato dei contratti pubblici. Sull'argomento v. V.C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021, 125, secondo cui «il reale spartiacque nelle strategie di contrasto ai fenomeni corruttivi è rappresentato dalla riforma introdotta con la l. 6 novembre 2012, n. 190 che, come noto, ha delineato un sistema integrato che affianca alla «leva tradizionale» composta da misure repressive di carattere penale una «leva nuova» fatta di misure preventive di carattere amministrativo. Trasparenza, inconfiribilità/incompatibilità di incarichi, conflitti di interesse, piani di prevenzione della corruzione, codici di comportamento, semplificazione e digitalizzazione, vigilanza sugli appalti, ecc., sono così divenuti i capitoli essenziali del nuovo paradigma preventivo, retto dal diritto amministrativo e declinato in una miriade di atti legislativi e strumenti di soft law: regolamenti, atti di indirizzo, linee guida». Il Legislatore ha, dunque, concentrato progressivamente in capo all'Autorità tanto la funzione di prevenzione della corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche, attraverso la diffusione della cultura della trasparenza, quanto la regolazione e la vigilanza del mercato dei contratti pubblici, sostituendo con l'Autorità sia la Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche sia l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Sulle finalità della Legge n. 190 v.: A. Police, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Il Diritto dell' Economia*, 2015, 2, 190 ss.; G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato*, in www.giustamm.it, 2015, 11; F. Patroni Griffi, *Prefazione*, in Aa.Vv., *Il contrasto al fenomeno della corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Commento alla Legge n. 190/2012 e decreti attuativi*, 2013, Roma, 1; B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007; M. D'alberti, *Corruzione «soggettiva» e «oggettiva»*, in M. D'alberti, R. Finocchi (a cura di) *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, 13 ss.; M. Clarich, B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La Legge anticorruzione*, cit., 59 ss.; F. Palazzo (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; F. Merloni, L. Vandelli (a cura di) *La corruzione amministrativa*, cit. Sull'Autorità Anticorruzione v.: C. Benetazzo, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, Torino, 2020; R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Torino, 2020; R. Calzoni, *L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in *Nomos*, 2019, n. 1; C. Benetazzo, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in www.federalismi.it, 2018, n. 5; M. D'amico, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in www.rivistaaic.it, 2018, n. 4; M. R. Calderaro, *La vigilanza e la regolazione nel Codice dei contratti pubblici: il controverso ruolo dell'ANAC*, in C. E. Gallo (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici. Dalle direttive 2014 al Codice 2016*, II ed., Torino, 2017; R. Cantone, E. Carloni, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 3; C. Contessa, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in Istituto Enciclopedia italiana, *Il libro dell'anno di diritto 2017*, Roma, 2017; R. De nicolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; M.C. Romano, *Il ruolo e le competenze dell'ANAC sui contratti pubblici*, in M. D'alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; R. Calzoni, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del Codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 2016, 23; R. Cantone, C. Bova, *L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 2; F. Di Cristina, *L'autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2016, n. 2; R. Greco, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016; S. Licciardello, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo Codice degli appalti*, in www.federalismi.it, 2016, 16; N. Longobardi, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche: l'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 823 ss.; F. Di Lascio, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016, 487 ss.; F. Di Cristina, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1123 ss.; E. D'alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.; F. Giuffrè, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. Nicotra (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 9 ss.; R. Cantone, F. Merloni, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 2 ss.

²⁵ Per il potere di regolazione si rinvia, principalmente, all'attività interpretativa di disposizioni normative, attraverso la quale le Autorità indipendenti emanano «regole di condotta» per i soggetti vigilati. Così C. Celone, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, 64. Per un'analisi della nozione di regolazione v. anche M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità*

operatori economici e con le stazioni appaltanti allo scopo di prevenire decisioni che aprirebbero, diversamente, fronti giurisdizionali con evidente ulteriore decorso di tempo utile al perseguimento dell'interesse pubblico²⁶.

Su impulso delle citate Direttive europee, che perseguono obiettivi ambiziosi come l'impiego efficiente delle risorse pubbliche, la concorrenza e la tutela delle piccole e medie imprese, l'utilizzo del contratto d'appalto come strumento di politica economica e sociale, dunque di coesione, la lotta alla corruzione attraverso la semplificazione, la trasparenza e l'accessibilità della normativa, il Codice restituisce un quadro regolatorio²⁷ che ha la *pretesa* di semplificare e snellire le procedure di affidamento del contratto nonché di assicurare valori come la flessibilità e la trasparenza dell'azione amministrativa, la prevenzione della corruzione, introducendo anche strumenti di maggiore rigore rispetto a quelli individuati nelle Direttive²⁸, senza però incorrere nel divieto di *gold plating*²⁹.

indipendenti (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino 1999; S.A. Frego Luppi, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999, 22. In argomento anche M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 189 ss.; S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Bologna, 2000. In ordine, poi, al ruolo dell'Autorità nel mercato dei contratti pubblici v. V.B. Bonanno, *ANAC Legislatore uber alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in www.lexitalia.it; I.A. Nicotra, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. Nicotra (a cura di) *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 33 ss.; A. Ubaldi, *Commissioni di concorsi e gare d'appalto: indicazioni ANAC per la gestione del conflitto di interessi*, in www.quotidianogiuridico.it.

²⁶ V. E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 6 dicembre 2017, il quale evidenzia che le più recenti riflessioni sull'Autorità inducono al «riconoscimento della circostanza per la quale il principio di leale collaborazione segni la complessiva attività di tale organismo» (2); sottolinea, poi, la «attitudine della figura della vigilanza collaborativa [di cui l'Autorità indipendente è espressione e, al tempo stesso strumento di esercizio: n.d.r.] a costituire un punto di osservazione per un possibile cambiamento di paradigma nel modo di agire dell'amministrazione pubblica».

²⁷ Per una complessiva analisi dei punti focali del Codice v. il Parere reso dal Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 815. In chiave critica sulle tutele per i privati individuate nel nuovo assetto normativo v. M.A. Sandulli, *Nuovi ostacoli alla tutela contro la pubblica amministrazione (legge di stabilità 2016 e legge delega sul recepimento delle Direttive contratti)*, in www.federalismi.it, 20 gennaio 2016; *Le nuove misure di deflazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?* in *Foro amm.-TAR*, 2012; *Il tempo del processo come bene della vita*, Relazione al 60° Convegno di Studi di Scienze Amministrative svoltosi a Varenna nel 2014, in www.federalismi.it, 2014; *Le modifiche introdotte dal d.l. n. 90 del 2014*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2014; *Poteri dei giudici e poteri delle parti nei processi sull'attività amministrativa (dall'unificazione al Codice)*, in www.federalismi.it, 23 ottobre 2015.

²⁸ Sul convincimento che «il male è che c'è troppo di tutto: troppe regole, troppi regolatori, troppe stazioni appaltanti, troppe deroghe, troppe giurisdizioni e troppo contenzioso (civile, penale, amministrativo, contabile, se non si vogliono considerare anche i giudizi civili, costituzionali ed europei)». Così che «la cura (seguendo il principio metodologico del rasoio di Occam, tale per cui "*frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora*") deve essere drasticamente e concretamente dimagrante. Ma a tal punto occorre chiedersi da dove sia necessario cominciare la dieta». V. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020, 70 e 71.

²⁹ In argomento noto e vivace è il dibattito giurisprudenziale, giunto al vaglio della Corte costituzionale che, con sentenza 27 maggio 2020, n. 100, ha stabilito che, nell'ipotesi, in caso di affidamento *in house*, un onere motivazionale supplementare circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, l'art. 192, comma 2 del Codice non è in contrasto con il divieto di *gold plating*. La *ratio* del predetto divieto, che rappresenta un criterio direttivo nella Legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione legislativa di oneri amministra-

In quest'ottica evolutiva, fluida e continuativa del settore, importante è anche l'intervento del Legislatore del 2019: con il Decreto 18 aprile 2019, n. 32, cosiddetto Sblocca cantieri, il Legislatore ha inserito plurime novità all'interno del Codice dei contratti pubblici, sì da essere ritenuto un 'correttivo' al Codice stesso³⁰, allo scopo di favorire la crescita economica e sollecitare il sistema produttivo del Paese con l'adozione di misure, ancora, di 'semplificazione' del quadro e normativo e amministrativo³¹.

Quel Decreto, unitamente al sotteso intendimento del Legislatore di sostituire le Linee guida dell'ANAC con un ritorno a un Regolamento esecutivo, è stato criticato sia dalla dottrina³² sia dalla richiamata Autorità indipendente³³.

tivi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, idonei a ridurre la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini. Secondo la Consulta, la norma censurata è in sintonia con una logica di mercato e pro concorrenziale perché è strumentale ad ampliare il ricorso al mercato. Sebbene, è il caso di ricordare, per il diritto unionale il ricorso alla internalizzazione dei servizi non sia incompatibile con la disciplina europea a tutela della concorrenza, ma rappresenti piuttosto esercizio di discrezionalità legislativa.

³⁰ Ancorché intervenuto però dopo 3 anni dalla entrata in vigore del Codice.

³¹ In particolare le modifiche al Codice hanno riguardato il ritorno all'appalto integrato, l'eliminazione dell'albo dei commissari di gara, la sospensione della terna dei subappaltatori, il superamento delle Linee Guida ANAC e nuove regole di ingaggio per gli affidamenti. Inoltre, la sospensione dell'efficacia di alcune disposizioni codicistiche ha interessato: l'obbligo di utilizzo della centrale di committenza/stazione unica appaltante per i Comuni non capoluogo di provincia, di cui all'art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016; il divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione, di cui all'art. 59, comma 1, quarto periodo, del D.Lgs. n. 50/2016; l'obbligo di utilizzo dell'Albo dei commissari di gara, di cui all'art. 77, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, cit.; fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante; le procedure di affidamento anche in caso di disponibilità di finanziamenti limitati alle sole attività di progettazione; l'introduzione della disciplina semplificata per i lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria; il riconoscimento delle varianti al progetto definitivo approvato dal CIPE, le quali sono approvate esclusivamente dal soggetto aggiudicatore qualora non superino del 50% il valore del progetto approvato; la modifica del limite dei lavori in subappalto che sale al 40% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; la sospensione del comma 6 dell'art. 105 (indicazione della terna di sub appaltatori); la previsione della durata semestrale dalla data di rilascio dei certificati e altri documenti, presentati (anche) dai subappaltatori; il superamento, in parte, delle linee guida Anac e dei decreti attuativi (emanati ed ancora da emanare in attuazione del D.Lgs. n. 50/2016); l'affidamento di lavori: di importo tra i 40.000 euro e 150.000 euro, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti; di importo tra i 150.000 euro e i 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici; di importo tra i 350.000 euro e 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici; per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

³² Per una ricostruzione immediatamente successiva alla entrata in vigore del Decreto v. A. Iannotti Della Valle, *Prime riflessioni sul decreto legge "sblocca cantieri" in ottica euro unitaria e costituzionale*, in *www.rivista-giuridicaeuropea.it*. V. anche D. Bolognino, H. Bonura, A. Storto (a cura di), *I contratti pubblici dopo la conversione del decreto sblocca cantieri*, Piacenza, 2019; F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *Il decreto sblocca cantieri*, Roma, 2019; G.A. Giuffrè, S. Tranquilli (a cura di), *Contratti pubblici: cosa cambia?*, Milano, 2019; M. Mariani, L. Spagnoletti, E. Toma (a cura di), *La legge sblocca cantieri*, Torino, 2019.

³³ V. ANAC in *Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici»*. *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, in *www.anticorruzione.it*.

Il filo conduttore delle critiche è rappresentato dal fatto che l'invocata semplificazione normativa e amministrativa è ben lontana dal realizzarsi; emerge, invece, un quadro normativo poco chiaro e in continuo divenire. Da qui discendono enormi difficoltà applicative per gli operatori del settore e, dunque, il rischio serio di una incidenza negativa sul corretto svolgimento del mercato degli appalti³⁴ e, in particolare, sul tempo di svolgimento delle procedure evidenziali oltre che di aggiudicazione, stipula ed esecuzione del contratto con conseguente ampliamento del numero di contenziosi. Da un altro, altrettanto rilevante, punto di vista, quell'incertezza giuridica e applicativa osta alla concorrenza e soprattutto allontana gli investimenti privati, anche esteri, sul mercato nazionale favorendo all'opposto fenomeni di *maladministration*³⁵ ovvero la commissione di eventi corruttivi.

Nella linea evolutiva della disciplina, infine, un banco di prova importante è stata l'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del virus Sars-Cov-2 (e della malattia Covid-19)³⁶. Come noto, l'epidemia ha 'travolto' tanto le Amministrazioni pubbliche, in particolare il Sistema sanitario nazionale, quanto le imprese, esponendole a numerosi rischi connessi alla salute dei lavoratori e alla commissione di illeciti³⁷.

³⁴ Così ANAC in *Decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 recante* «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici». *Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici*, cit. Qui, l'Autorità si esprime in senso affatto critico nei confronti del Decreto evidenziando una serie di lacune: tra le modifiche al d.lgs. 50/2016 recate dal d.l. 32/2019 una delle più significative riguarda il ritorno ad un Regolamento unico attuativo del Codice, che includa e superi le Linee guida come atti applicativi del D.Lgs. n. 50/2016, già adottati dalla sua entrata in vigore al 2019. Ora, come noto, il Codice ha rinviato, per la definizione della disciplina di dettaglio su temi specifici, alla successiva adozione di provvedimenti attuativi, ossia linee guida e decreti ministeriali, destinati a sostituire il precedente regolamento (d.P.R. n. 207/2010). Sennonché, il Legislatore – denuncia l'Autorità – intende intervenire sul sistema del Codice e dei relativi atti attuativi quando, ancora, l'attuazione non è terminata e, tantomeno, implementata senza considerare, peraltro, che detto, nuovo, Regolamento non andrebbe neppure a sostituire tutte le Linee guida e i decreti indicati nel Codice, posto che alcune disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo quindi salva l'adozione dei predetti atti (ad es. art. 78 in tema di Albo dei commissari di gara; l'art. 80, comma 13, in tema di illecito professionale grave; art. 181 in tema di partenariato): il che avrebbe l'effetto di produrre ulteriore incertezza sulla disciplina.

³⁵ R. Cantone, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3.

³⁶ In argomento v. M. Magri, *Il "collasso" del sistema degli appalti*, in *Istituzioni del Federalismo, Numero speciale I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, 2020, 77 ss., che invita a «non dimenticare il parziale collasso di quel sistema, soprattutto nel momento iniziale della pandemia, in cui le difficoltà di acquisto da parte delle centrali di committenza e delle altre amministrazioni hanno suggerito di ripiegare su moduli di azione di stampo pubblicistico, autoritativi o consensuali, come le requisizioni doganali in proprietà, gli incentivi alla riconversione produttiva e le donazioni concordate con le organizzazioni di categoria. [...] È certo che senza questi mezzi complementari, senza una qualche misura di "cartellizzazione" dell'economia – e senza il mercato privato, che nel frattempo ha continuato a offrire i propri beni – la crisi del sistema degli appalti avrebbe probabilmente condotto al tracollo della sanità pubblica tout court» (77).

³⁷ Sull'argomento v. *Quali sono i nuovi rischi di corruzione durante l'emergenza Covid-19?*, in *www.transparency.it*. Ricerca condotta da Transparency International Italia. Da questa indagine è emerso che, durante l'emergenza, i settori in cui il rischio di corruzione è più elevato si sono rivelati (i) i contratti pubblici per la fornitura di dispositivi sanitari, (ii) la loro distribuzione tra il personale, (iii) la ricerca e la sperimentazione nonché (iv) il trattamento di dati particolari, clinici. Quanto ai contratti pubblici, Transparency ha evidenziato come il ricorso a procedure d'urgenza abbia moltiplicato i rischi, già esistenti nel settore, per effetto della compressione dei tempi e della concentrazione del potere decisionale e, a volte, della non conoscenza del fenomeno. Sulle

È emersa con vigore in questa fase la necessità di procedure adeguate ad accelerare l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture da parte delle Amministrazioni pubbliche e, in particolare, di quelle incluse nel circuito del Servizio sanitario nazionale: dunque, l'esigenza di derogare ai procedimenti ordinari, assicurando procedure evidenziali semplificate, nella prima fase dell'emergenza, per accedere al mercato dei dispositivi di protezione individuale ovvero alle attrezzature mediche necessarie per la cura ospedaliera della patologia.

Poi, analoghe esigenze sono sopravvenute per favorire la ripresa economica del Paese.

Sono intervenuti, pertanto, due Decreti dedicati (ancora) alla Semplificazione: il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76³⁸ e il Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77³⁹.

Il primo è stato emanato nel cuore dell'emergenza sanitaria e ha determinato un'accelerazione delle procedure evidenziali, consentendo un maggiore ricorso all'affidamento diretto e alle procedure negoziate e semplificate. Tra le novità più significative del Decreto sovengono quelle che hanno inciso sulla scelta della procedura evidenziale da parte della Stazione appaltante e sul tempo del procedimento: per i contratti d'appalto sotto soglia europea, quel Decreto ha previsto il ricorso all'affidamento diretto di servizi, lavori e forniture aumentando la soglia previgente; ha aumentato altresì i casi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti⁴⁰ e con individuazione degli operatori in base a indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici; ha introdotto una stretta sui tempi delle procedure evidenziali, ovvero la relativa definizione nel termine da due a quattro mesi dal giorno di avvio del procedimento, introducendo una ipotesi di responsabilità erariale in caso di violazione del termine; ha contemplato la possibilità di ridurre ulteriormente i termini procedi-

relazioni tra emergenza sanitaria e diffusione di fenomeni di maladministration v. I.A. Savini, F. Vetrò, *Presidi di tutela della segnalazione meritevole e del segnalato nei settori pubblico e privato: stato dell'arte e prospettive* de iure condendo, in *Il Diritto dell'Economia*, 2021, 3, 145-187.

³⁸ Convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

³⁹ Convertito con modificazioni in Legge 29 luglio 2021, n. 108. Per un approfondimento v. C. Contessa, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Sul principio di rotazione v. Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1515 secondo cui l'applicazione del principio invocato e applicato dall'art. 36 comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016 è limitata alle procedure negoziate; l'art. 36, comma 2 del Decreto citato prevede infatti che le stazioni appaltanti hanno sempre la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie; dunque la norma introduce una contrapposizione tra procedure ordinarie aperte e procedure negoziate. In queste ultime, il principio di rotazione è il contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'Amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare.

mentali, qualora ricorrano le ragioni di urgenza⁴¹ di cui agli articoli 60, comma 3⁴², 61, comma 6⁴³, 62, comma 5⁴⁴ e 74, commi 2 e 3 del Codice⁴⁵; per le verifiche anti-

⁴¹ In termini di urgenza è utile ricordare che il Codice disciplina puntualmente due ipotesi di procedure d'urgenza: la procedura senza previa pubblicazione del bando di cui all'art. 63 alla quale la Stazione appaltante può ricorrere (anche) «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici»; nonché le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del Codice; ivi il Legislatore ha stabilito che costituiscono ipotesi di urgenza «anche il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 [ora art. 7 del Decreto Legislativo n. 1 del 2018; ossia: a) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti ovvero amministrazioni competenti con poteri ordinari; b) emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari; c) 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], ovvero la ragionevole previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge [norma abrogata dal decreto legislativo n. 1 del 2018, rimasta senza riferimenti], dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili, e nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure. La circostanza di somma urgenza, in tali casi, è ritenuta persistente finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall'insorgere dell'evento, ovvero entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992 [ora art. 24 del decreto legislativo n. 1 del 2018]; in tali circostanze ed entro i medesimi limiti temporali le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste nel presente articolo». Ambedue le ipotesi rappresentano all'evidenza lesioni alla concorrenza, calibrate però sulla estrema urgenza, la prima, e sulla somma urgenza, la seconda: sicché, tra le due procedure esiste una relazione di alternatività e una sorta di progressione dell'urgenza; le procedure, anch'esse graduate, contemplate nell'art. 163 citato sono applicate nei casi in cui l'omessa pubblicazione del bando non è sufficiente a gestire e superare la concreta emergenza. In ogni caso, il ricorso a quelle procedure è calibrato sulla non imputabilità all'Amministrazione procedente della responsabilità dell'accadimento nonché per un tempo circoscritto alla gestione e al superamento dell'emergenza stessa. In giurisprudenza v. Tar Lombardia, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1006 in cui il Giudice amministrativo chiarisce che, anche in un contesto emergenziale, i principi di derivazione comunitaria dell'evidenza pubblica, in particolare i criteri fissati dall'art. 63, comma 2, lett. c), connessi – come anticipato – all'imprevedibilità dell'evento e alla non imputabilità dello stesso all'Amministrazione pubblica, rappresentano il paradigma normativo al quale l'azione amministrativa (di affidamento di un contratto) non può essere sottratta.

⁴² Secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara se, per ragioni di urgenza debitamente motivate dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al comma 1 non possono essere rispettati».

⁴³ Secondo cui «quando, per motivi di urgenza debitamente motivati è impossibile rispettare i termini minimi previsti al presente articolo, l'amministrazione aggiudicatrice può fissare: a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a quindici giorni dalla data di trasmissione del bando di gara; b) un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a presentare offerte».

⁴⁴ Secondo cui «il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito. I termini di cui al presente comma sono ridotti nei casi previsti dall'articolo 61, commi 4, 5 e 6».

⁴⁵ Secondo cui «se non è possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elettronica a determinati documenti di gara per uno dei motivi di cui all'articolo 52, comma 1, terzo periodo, le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare nell'avviso o nell'invito a confermare interesse che i medesimi documenti saranno trasmessi per posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri ovvero, in caso di impossibilità, per vie diverse da quella elettronica secondo quanto previsto al comma 4. In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli articoli 60, comma 3, 61 comma 6 e 62, comma 5. Qualora non sia possibile offrire accesso gratuito, illimitato e diretto per via elet-

mafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi a oggetto lavori, servizi e forniture, ha previsto il rilascio di una informativa liberatoria provvisoria, la quale consente di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture sotto condizione risolutiva⁴⁶.

Ancora, per accelerare la realizzazione delle infrastrutture stradali, quel Decreto ha ammesso l'affidamento *in house* delle concessioni autostradali e ha stabilito che le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possano essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'articolo 21 del Codice.

Rilevanti sono anche le innovazioni apportate al regime processuale della materia: in sede di pronuncia cautelare, il Giudice deve tenere conto del preminente interesse alla sollecita realizzazione dell'opera e dell'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle opere; se sussistono i presupposti, il Collegio adotta una decisione in forma semplificata in esito all'udienza camerale, pubblicando il dispositivo in tempi brevi. Ancora, si stabilisce per gli appalti connessi all'emergenza, che la tutela giurisdizionale è circoscritta a quella risarcitoria.

In pratica il Decreto ha esteso la disciplina già vigente in ordine alle infrastrutture strategiche di interesse nazionale⁴⁷.

Il Decreto ha innovato la materia anche con previsioni strutturali e di sistema, non legate, cioè, all'emergenza: tra queste, alcune novità hanno riguardato la certezza del tempo di stipulazione del contratto; la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; i motivi di esclusione dalla procedura, i criteri di selezione delle offerte e l'applicazione del soccorso istruttorio; infine, il subappalto e la finanza di progetto.

tronica a determinati documenti di gara perché le amministrazioni aggiudicatrici intendono applicare l'articolo 52, comma 2, del presente codice, esse indicano nell'avviso o nell'invito a confermare interesse quali misure richiedono al fine di proteggere la natura riservata delle informazioni e in che modo è possibile ottenere accesso ai documenti in questione. In tal caso, il termine per la presentazione delle offerte è prorogato di cinque giorni, tranne nei casi di urgenza debitamente dimostrati di cui agli articoli 60, comma 3, 61, comma 6 e 62, comma 5».

⁴⁶ Ferme restando, comunque, le ulteriori verifiche ai fini del rilascio della documentazione antimafia.

⁴⁷ Sull'argomento, l'art. 5, comma 6 del D.L. n. 76 del 2020 cit., convertito con modificazioni ha prescritto che «in sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica». La giurisprudenza ha, poi, circoscritto l'ambito applicativo della disposizione: v. C.G.A., decreto presidenziale 14 novembre 2020, n. 795 secondo cui, infatti, quella norma non si applica alle controversie relative agli esiti di una gara ovvero alla risoluzione del contratto, ma soltanto ai casi i casi in cui vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5, comma 6, primo periodo; b) o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2.

Il secondo Decreto, invece, è più recente ed è intervenuto sul solco tracciato dal primo, ma non ancora percorso in maniera adeguata, e soprattutto sul solco della perdurante crisi economica causata dalla pandemia: quel Decreto si inserisce, infatti, nella *governance* del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (di qui P.N.R.R.), che inerisce ai contratti d'appalto e alle concessioni⁴⁸. Tra le novità qui di rilievo sovengono gli interventi sulla procedura di affidamento diretto e senza previa pubblicazione del bando di gara: il Decreto ha previsto, cioè, che fino al giugno del 2023 è consentito l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, per i lavori di importo inferiori a centocinquanta mila euro e per i servizi di ingegneria e architettura e le attività di progettazione di importo inferiore a centotrentanove mila euro; ancora, per i servizi di ingegneria e architettura e per le attività di progettazione per un importo compreso tra centotrentanove mila euro e le soglie europee si potrà utilizzare la procedura negoziata invitando almeno cinque operatori. Analoga disciplina è stata introdotta anche per i lavori di importo compreso tra centocinquantamila euro e un milione di euro.

La portata concreta delle ultime misure legislative non è valutabile ancora in considerazione della recente adozione e della fase di transizione che il Paese sta vivendo, aggravata peraltro dal contesto internazionale e, in particolare, dal conflitto bellico in atto; nondimeno sono significativi gli sforzi del Legislatore per assicurare efficienza nel mercato dei contratti pubblici e sono altrettanto importanti i timori che la spinta verso la celerità dell'azione amministrativa, nella misura in cui ha allargato le maglie del ricorso a procedure di affidamento diretto ovvero senza previa pubblicazione di un bando di gara, ha altresì indebolito le tutele da insidie criminose.

Timori, questi, non affievoliti dalla circostanza che è in fase di definizione il nuovo Codice dei Contratti pubblici, se si considera il regime 'temporale' di applicazione contemplato da quei Decreti e, come si vedrà appresso, anche il regime transitorio previsto dal nuovo testo.

Proprio l'analisi del nuovo Codice appare, ora, come la migliore occasione per svolgere ulteriori considerazioni e chiedersi se, sulla spinta degli interventi occasionati dall'attuale contesto socio-economico, dall'emergenza sanitaria e, soprattutto, delle istanze di chiarezza e di certezza provenienti sia dalle Stazioni appaltanti sia dagli operatori economici, il Legislatore abbia effettivamente raccolto l'invito alla semplificazione.

⁴⁸ Più nel dettaglio, ancorché in sintesi, quel Piano contempla la realizzazione di una serie di infrastrutture strategiche (ferroviarie, stradali, idriche, portuali, *etc.*) per un valore complessivo di 82,7 miliardi di euro, finanziate per circa 33 milioni di euro; il finanziamento sarà poi integrato da ulteriori misure, ivi incluso il Next Generation EU.

3. *L'opportunità di un'analisi di impatto delle novelle più significative al Codice (ancora) vigente*

Fin qui le principali novità normative relative alla materia degli appalti che, dagli anni '90 in poi, ovvero dall'entrata in vigore delle prime Direttive europee, non ha mai smesso di cercare un equilibrio tra istanze di celerità ed efficienza – che protendono per la semplificazione ovvero per la deroga ai regimi ordinari – e garanzie di correttezza e di legalità. Per queste ragioni, il pendolo del Legislatore ha oscillato tra scelte di irrigidimento del sistema, come accaduto con la Legge Merloni, e scelte di semplificazione derogatoria, come nell'emergenza sanitaria.

La fluidità della normativa, in particolare il suo accelerato moto evolutivo, difficilmente consente di massimizzare l'obiettivo, sovente invocato, della semplificazione.

Nondimeno è chiaro che la regolamentazione degli appalti pubblici genera notevoli esternalità, positive e negative, dal punto di vista economico, ambientale e sociale.

A conferma delle considerazioni che precedono si propone un'analisi dei costi e dei benefici apportati alla contrattualistica pubblica dalle modifiche di sistema, non strettamente connesse cioè all'emergenza sanitaria, più significative e dibattute e cioè apportate dal primo Correttivo al Codice, il D.Lgs. n. 57/2017 che aveva introdotto l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione e di esclusione dalla procedura evidenziale; dal Decreto c.d. Sblocca Cantieri e dal Decreto Semplificazione sopra richiamati.

Le considerazioni che seguono rappresentano, in pratica, l'esito di un'attività di *screening* dell'impatto delle disposizioni contenute nelle novelle richiamate sul 'sistema' appalti, utile, all'avvio del nuovo Codice, per capire se le esigenze di chiarezza e di certezza via via emerse in materia siano state effettivamente colte nello Schema definitivo.

3.1. *Le variabili considerate nell'analisi di impatto*

In dettaglio, per la formulazione del calcolo dell'impatto economico-sociale e ambientale sono state analizzate le Stazioni appaltanti italiane, circa trentacinquemila: le Amministrazioni comunali (oltre settemila) e le Amministrazioni pubbliche centrali e periferiche, le società partecipate, le società *in house providing*, le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico, ivi comprese le cosiddette fondazioni di partecipazione, gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato di cui all'art. 2-bis, comma 3 del D.Lgs. n. 33/2013 e s.m.i.⁴⁹.

⁴⁹ Che rinvia a «società in partecipazione pubblica come definite dal decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124, e alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato, anche privi di personalità giuridica, con bilancio superiore a cinquecentomila euro, che eserci-

Le suddette Stazioni appaltanti sono state suddivise in grandi, piccole con un elevato numero annuale di affidamenti, piccole con un esiguo numero annuale di affidamenti.

Lo studio di impatto si è occupato anche degli operatori economici partecipanti alla procedura evidenziale, distinguendo grandi imprese e micro, piccole e medie imprese e liberi professionisti.

Una volta individuato il profilo soggettivo dello studio di impatto, per ciascuna modifica normativa intervenuta – contenuta nei Decreti richiamati – è stato calcolato (1) il tempo dedicato a comprendere e ad applicare la disposizione presa in considerazione, rilevando l'aumento o il risparmio di tempo impiegato sia dalle Stazioni appaltanti sia dagli operatori economici.

Poi, è stato valutato (2) l'eventuale ricorso a consulenze per la comprensione della normativa effettuato dalle Stazioni appaltanti nonché dagli operatori economici. E, ancora, è stata analizzata una voce di particolare rilevanza: ossia (3) il contenzioso; sono stati rilevati, cioè, i dati connessi ai costi, in aumento ovvero in diminuzione, derivanti dal contenzioso sia per le Stazioni appaltanti sia per gli operatori economici.

Infine (4), lo studio si è occupato di fare emergere eventuali ulteriori oneri per le Stazioni appaltanti nonché per gli operatori economici e altri *stakeholders*, come anche (5) eventuali benefici per gli stessi soggetti.

In termini numerici lo studio si è basato sull'analisi di circa centocinquanta procedure bandite (di cui oltre il 50% da Amministrazioni centrali) con un ammontare complessivo posto a base di gara pari a circa € 100.000.000.000. I dati relativi ai rilievi descritti sono stati elaborati sulla base di documentazione pubblicata dall'ANAC.

3.2. *I risultati dello studio d'impatto. Vantaggi e svantaggi, in (dis)equilibrio*

Viene in rilievo, in prima battuta, un vantaggio significativo per gli operatori economici: il minor tempo impiegato dalle Stazioni appaltanti per la definizione della procedura evidenziale.

In seconda battuta, emerge però che quel vantaggio è parziale, offuscato dal maggior tempo impiegato dalle stesse Stazioni appaltanti per istruire la gara; emergono altresì significativi svantaggi a carico (anche) degli operatori economici: oltre alla dilatazione dei tempi dell'istruttoria, l'aumento del contenzioso devoluto alla giurisdizione amministrativa (che per il privato è un onere economico significativo).

tano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici».

Tanto si ricava già dall'analisi dell'impatto dell'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione ovvero di esclusione dalla gara, previsto dall'articolo 29 del Codice dei contratti come modificato dal D.Lgs. n. 57/2017.

Il fallimento dell'obiettivo di deflazionare il contenzioso ha indotto il Legislatore ad abrogare dopo poco tempo le modifiche apportate dal Correttivo all'art. 29 del Codice: il Decreto n. 57 è risultato vigente, infatti, per un periodo affatto limitato, dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019.

È emerso, ancora, che spesso gli operatori privati devono ricorrere all'ausilio di consulenti esterni per individuare la normativa applicabile alla singola procedura e per la relativa interpretazione e applicazione, anche per non incorrere in false attestazioni o in errori nella compilazione della documentazione richiesta dalle Stazioni appaltanti. In argomento rilevano le modifiche introdotte nel Documento di gara unico europeo in formato elettronico (di qui, DGUE) e nell'art. 80 del Codice, contenenti i motivi (tassativi) di esclusione dalla procedura.

Salvi i rilievi esposti, sono stati stimati anche alcuni benefici ambientali, sociali ed economici: tutti connessi allo sblocco di opere pubbliche essenziali, di regola infrastrutturali.

Considerate le numerose modifiche al Codice, si è ottenuto un risultato complessivamente positivo, ossia una produzione di benefici per il sistema composto dagli operatori, dalle stazioni appaltanti, da cittadini e utenti.

È emersa, poi, tutta la complessità della regolamentazione racchiusa nel Decreto Sblocca Cantieri che, di fatto, ha costretto sia le Stazioni appaltanti sia gli operatori economici a ricorrere a consulenti per comprendere la normativa applicabile e, dunque, per applicarla. Con conseguente significativo onere economico a loro carico nonché con una dilatazione del tempo occorrente sia a bandire e istruire la procedura evidenziale sia a formulare la relativa domanda di partecipazione. L'incertezza normativa, dimostrata dal ricorso alle consulenze, ha influito sul contenzioso, determinandone un costante aumento.

Un beneficio riconducibile a quel Decreto è stato individuato nella (più rapida) circolazione di risorse economiche: i soggetti affidatari dei contratti banditi dall'entrata in vigore di quel Decreto hanno potuto incassare acconti di pagamento; il che ha migliorato il *cash flow* delle imprese e, dunque, limitato il ricorso al finanziamento a breve termine.

Un ulteriore elemento positivo di valutazione è derivato dall'applicazione dell'articolo 95, comma 3, lett. b-bis) del Codice (come modificato dal Decreto Sblocca cantieri) che ha stabilito il carattere esclusivo del criterio di aggiudicazione basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per i contratti di servizi e per le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologi-

co o innovativo. L'applicazione di quella disposizione ha infatti agevolato la realizzazione di lavori, l'erogazione di servizi e la fornitura di beni di maggiore qualità.

Lieve impatto positivo ha avuto la novella apportata all'articolo 80 del Codice dal Decreto in ordine alle verifiche sul subappaltatore, le quali non sono più contemplate⁵⁰.

Fin qui l'impatto negativo del Correttivo al Codice del 2017 e (complessivamente) positivo del Decreto Sblocca Cantieri del 2019.

È il Decreto c.d. Semplificazioni ad apportare il maggior impatto positivo calcolato, grazie alla diminuzione dei tempi delle procedure di affidamento e all'innalzamento della soglia massima per poter effettuare affidamenti diretti (da quarantamila a centocinquantomila euro)⁵¹ che, di fatto, ha determinato un maggior numero di casi di ricorso a questa tipologia di affidamento.

Salvi questi rilievi, non può tacersi l'impatto negativo prodotto dalla nuova formulazione dell'art. 80, comma 4 del Codice che ha introdotto una nuova causa di esclusione (facoltativa) dalla gara per irregolarità fiscale grave non definitivamente accertata. Irregolarità, questa, che l'operatore economico deve segnalare nel DGUE e di cui, comunque, la Stazione appaltante deve accertare la ricorrenza (anche) previa richiesta al Casellario fiscale all'Agenzia delle Entrate e previa analisi dei carichi pendenti.

Per concludere, dallo studio condotto si ricava che, a fronte di impatti negativi calcolati in relazione alle norme oggetto di valutazione, pari a euro 6.130.800.000, sono stati stimati impatti positivi per euro 6.134.000.000; pertanto, il saldo finale è pervenuto a un valore positivo, pari ad euro 3.200.000, significativo di un lieve miglioramento o di un sostanziale pareggio tra oneri e benefici, stimato alla fine del 2020, data alla quale si è potuto verificare l'impatto delle novelle di sistema apportate al vigente Codice dei Contratti.

4. *L'evoluzione normativa nell'emergenza sanitaria*

Gli interventi successivi, come anticipato, hanno introdotto per lo più disposizioni connesse all'emergenza sanitaria, restituendo un quadro regolatorio derogatorio e temporaneo, che induce a considerazioni diverse, come si vedrà appresso.

⁵⁰ È utile ricordare che l'articolo 80 citato stabiliva l'esclusione dalla partecipazione alla gara dell'operatore che fosse incorso in una delle ipotesi ivi individuate, «anche riferite a uno dei subappaltatori». La norma così modificata dall'articolo 49, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stata successivamente ulteriormente modificata con l'elisione del rinvio al subappaltatore dall'articolo 1, comma 20, lettera o), numero 2), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.

⁵¹ Prima della conversione in Legge; poi, la Legge n. 55 del 2019 ha ridimensionato l'importo: da centocinquantomila a settantacinquemila euro.

I Decreti fin qui menzionati pretendono di risolvere la situazione di crisi economica, che si protrae nel continente europeo fin dal 2008, aggravata dall'emergenza sanitaria, attraverso proclamate misure di semplificazione; tuttavia, i tentativi incalzanti del Legislatore di novare e innovare l'assetto normativo non hanno giovato alla semplificazione, poiché, al contrario, hanno aggravato la posizione e delle Amministrazioni pubbliche e degli operatori economici, costretti a ricorrere a consulenti per individuare e, poi, interpretare la normativa applicabile.

Queste difficoltà degli operatori si riflettono sul funzionamento del mercato che, lungi, dall'essere semplificato è, piuttosto, offuscato dall'incertezza normativa e, dunque, indebolito.

L'incertezza del diritto compromette, poi, in definitiva, il buon funzionamento della stessa Amministrazione creando una frattura nei rapporti con gli amministrati, operatori economici inclusi.

L'emergenza sanitaria ha aggravato ulteriormente il contesto descritto perché, come anticipato, ha determinato una ipertrofia normativa che, ancora una volta, non ha assicurato la certezza del diritto e, di conseguenza, non ha agevolato gli operatori del settore.

Questa considerazione deve essere integrata con una ulteriore precisazione: la normativa emergenziale ha creato una zona grigia, nella quale – per il tempo stabilito dalla legge – agli operatori è applicato un regime derogatorio, connotato sia da misure di (estrema) semplificazione e di accentuata celerità del procedimento di affidamento del contratto sia da una significativa attribuzione di discrezionalità alle Amministrazioni pubbliche: tanto per effetto dell'esigenza contingente di consentire l'approvvigionamento dei dispositivi di protezione e delle tecnologie medico-sanitarie necessarie.

In argomento, già la devoluzione di un maggiore potere discrezionale mette in risalto la cifra della portata derogatoria della normativa dell'emergenza: fino a quel momento, la normativa in materia di appalti aveva puntato ad arginare il potere di 'scelta' delle Amministrazioni allo scopo di rendere gli affidamenti immuni da contestazioni.

Ora, l'impatto di queste misure (derogatorie) sul mercato dei contratti pubblici è stato analizzato dall'ANAC, la quale ha esaminato i dati degli appalti aggiudicati nel 2020 per far fronte all'emergenza Covid-19, nel complesso dodicimila procedure, per un valore di quasi venti miliardi di euro.

Dall'analisi dell'Autorità è emerso che, nel contesto emergenziale, le Stazioni appaltanti hanno preferito ricorrere alle procedure di nuova introduzione, derogatorie.

In argomento, è utile richiamare il diritto giurisprudenziale⁵²: i Giudici amministrativi hanno puntualizzato che – contrariamente alle pretese degli operatori economici – il ricorso alle procedure d’urgenza derogatorie e semplificate non è un dovere, ma una facoltà dell’Amministrazione pubblica. Nondimeno, come detto, pur potendo agire in via ordinaria, le Stazioni appaltanti hanno preferito comunque solcare la strada della deroga e dell’eccezione.

Più in dettaglio, si ricava dall’analisi dell’Autorità che, quanto al tipo di procedura avviata, il 60% dei contratti risulta affidato con procedure senza previa pubblicazione del bando e con affidamenti diretti; quanto all’andamento delle predette procedure e dell’esecuzione dei relativi contratti, l’Autorità ha rilevato significative criticità relative, in particolare, alla variabilità dei prezzi corrisposti; a carenze di requisiti generali da parte degli operatori economici; alla non affidabilità dei partecipanti; al mancato rispetto dei tempi previsti per le forniture, che durante l’emergenza hanno subito un brusco rallentamento in molteplici settori e che hanno indotto gli operatori economici a ricorrere a beni di qualità diversa (e deteriore) rispetto a quanto emerso in sede di gara.

5. *Considerazioni di sintesi: in corsa verso la semplificazione*

Fin qui è emerso che il Legislatore dei contratti ‘pubblici’ agisce in corsa.

Per (tentare di) affrontare la crisi economica, il Legislatore è intervenuto con una serie di novelle ‘di sistema’, restituendo un quadro regolatorio in continua evoluzione, ma semplificato nelle procedure; per affrontare, poi, l’emergenza sanitaria (e la conseguente, nuova emergenza economica) il Legislatore è intervenuto ancora percorrendo la strada della semplificazione derogatoria, restituendo un quadro applicativo critico.

Nonostante, infatti, il Legislatore dell’emergenza abbia ridotto le formalità, inclusa la pubblicità delle procedure evidenziali, e per questa via anche la portata anticorruptiva della normativa, non ha raggiunto l’obiettivo di agevolare il mercato, ma piuttosto lo ha esposto a un grave rischio di offuscamento e di corrottibilità.

Il che è tanto più grave se si considera la copiosità delle risorse pubbliche erogate⁵³. In una prospettiva anticorruptiva le criticità rilevate dovrebbero essere

⁵² V. Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 14 maggio 2021, n. 1536 secondo cui l’affidamento diretto del contratto sotto soglia comunitaria, derogatorio, introdotto dal Decreto Legge Semplificazioni n. 76/2020 non è un obbligo per l’Amministrazione pubblica la quale può decidere – senza dover neppure motivare – di ricorrere alla ordinaria procedura aperta.

⁵³ La più importante erogazione di risorse pubbliche a livello nazionale dopo il piano Marshall: così M. Cozzio, G. Lombardo, *Modelli e strumenti per la valutazione dell’impatto giuridico e socio-economico delle misure anticorruptive nel settore pubblico e privato*, in *Il Diritto dell’Economia*, 2021, 3, 523.

tenute in seria considerazione nell'attuale dibattito sulla riforma delle regole dei contratti pubblici.

6. *Tre regole per migliorare le misure in materia di appalti, dal vecchio al nuovo Codice*

Le interviste realizzate per svolgere lo studio d'impatto sopra descritto hanno consentito di individuare e sintetizzare in tre regole una serie di proposte migliorative alle quali la normativa in materia di contratti pubblici dovrebbe ispirarsi.

La prima, le riforme dovrebbero avere un tempo sufficientemente congruo di vigenza, utile a verificarne la cifra, positiva o negativa. Azioni e reazioni conseguono a qualsivoglia innovazione del sistema; il relativo moto evolutivo, però, richiede ragionevolmente un tempo minimo di sviluppo per consentire agli studiosi di verificarne gli effetti e, eventualmente, correggerne il tiro.

La seconda, l'entrata in vigore di una novella in un settore complesso e fondamentale per l'azione amministrativa, quale quello dei contratti pubblici, dovrebbe essere preceduta da una puntuale programmazione di momenti formativi e informativi per gli operatori pubblici e privati. Il che eviterebbe il successivo ricorso a costose consulenze esterne.

La terza, le misure di semplificazione dovrebbero essere racchiuse in disposizioni di facile comprensione e, quindi, accessibili agli operatori pubblici e privati. Il che eliminerebbe qualsivoglia incertezza giuridica, agevolando la celerità dell'azione amministrativa e privata e, dunque, favorendo la cura degli interessi di ambedue gli attori coinvolti nelle procedure.

Insomma, la tormentata vicenda dei contratti pubblici dimostra, prima di tutto, che ogni intervento del Legislatore deve essere prudente, nel senso che deve considerare se lo specifico ambito di interesse sia stato oggetto di recente intervento, di cui, però, non sia ancora decifrabile l'impatto; ciò (anche) sul presupposto che la regolamentazione legislativa deve sempre puntare a semplificare, ovvero ad agevolare l'attività dei destinatari. Affinché questo scopo sia perseguito occorre, poi, che le disposizioni siano, anch'esse, semplificate, cioè rese accessibili per gli operatori, pubblici e privati, che dovranno applicarle.

Dall'analisi quantitativa condotta nella presente ricerca è risultato un impatto totale netto delle misure normative introdotte leggermente positivo, prossimo alla neutralità.

Ora, l'analisi fin qui svolta è servita anche a verificare se, con lo Schema definitivo del nuovo Codice dei Contratti pubblici, il Legislatore abbia effettivamente colto le esigenze di chiarezza e di certezza fin qui emerse, elaborando un testo

aderente ai connotati della semplificazione che, come visto, investono la quantità, la forma e il contenuto delle disposizioni.

7. *Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: la ricerca della semplificazione nella quantità, nella forma e nel contenuto delle disposizioni*

Lo Schema del nuovo Codice è ambizioso perché racchiude plurime innovazioni sia sul piano dell'impostazione sia sul piano dei contenuti⁵⁴.

Sul piano dell'impostazione: rileva in modo particolare il fatto che il Codice è «autoesecutivo», ossia non necessita di ulteriori atti e provvedimenti che ne assicurino l'esecuzione, ma garantisce agli operatori (giuridici, tecnici ed economici) di conoscere fin da subito tutta la disciplina applicabile. A questo scopo il nuovo corpus normativo ricomprende 35 Allegati⁵⁵, i quali racchiudono tutte le disposizioni necessarie per il completamento della disciplina⁵⁶.

A primo acchito, il numero degli Allegati risulta significativo; tuttavia – come messo in chiaro nella «Relazione agli articoli e agli Allegati» di accompagnamento allo Schema – quel numero deve essere reputato (più che) proporzionato al numero degli annessi alle Direttive europee recepite e al numero di fonti attuative della disciplina vigente sostituite. Quest'ultimo riferimento è agli Allegati del Codice vigente, alle 17 Linee guida ANAC ai 15 Regolamenti vigenti (sebbene riconducibili alla normativa previgente)⁵⁷.

Un profilo di particolare importanza è rappresentato dall'assorbimento delle Linee guida vincolanti dell'Autorità anticorruzione negli Allegati al Codice: la scelta comporta il travolgimento della c.d. regolazione flessibile, voluta dal Legislatore del 2016⁵⁸ e affidata all'ANAC, che superava l'idea di concentrare le regole applicative in un unico Regolamento governativo⁵⁹. In argomento deve essere precisato che nella Relazione allo Schema v'è menzione puntuale delle Linee gui-

⁵⁴ V. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

⁵⁵ Si tratta di 35 Allegati, la cui estensione è contenuta, come chiarito nella «Relazione agli articoli e agli Allegati» del 7 dicembre 2022, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul punto nella Relazione è precisato che «si tratta di un numero comunque contenuto, specie se si considera che solo le tre direttive da attuare hanno, in totale, 47 annessi e che nel nuovo codice gli allegati sostituiranno ogni altra fonte attuativa: oltre ai 25 allegati al codice attuale, essi assorbiranno 17 linee guida ANAC e 15 regolamenti ancora vigenti, alcuni dei quali di dimensioni molto ampie (tra cui il d.P.R. n. 207 del 2010, risalente addirittura all'attuazione del codice del 2006, nonché quello sui contratti del Ministero della difesa, ridotto da oltre 100 articoli a poco più di 10)» (9).

⁵⁶ Come chiarito sempre nella Relazione citata «ciò è stato possibile grazie a un innovativo meccanismo di delegificazione che opera sugli allegati al Codice (legislativi in prima applicazione, regolamentari a regime)» (9).

⁵⁷ Tra cui il corposo d.P.R. n. 207 del 2010, attuativo del D.Lgs. n. 163 del 2006.

⁵⁸ Di cui all'articolo 1, comma 1 lett. t) della Legge delega n. 11 del 2016, recepitata nell'articolo 213, comma 2, del D.lgs. n. 50 del 2016 cit.

⁵⁹ Da adottare in ossequio alla Legge n. 400 del 1988.

da di volta in volta sostituite dagli Allegati al Codice: ad esempio, nel commento all'art. 15, secondo cui il RUP svolge tutte le attività indicate nell'Allegato I.2, è precisato che quest'ultimo Allegato assorbe le Linee guida dell'ANAC n. 3, relative alle competenze del Responsabile unico del procedimento.

Sempre sul piano dell'impostazione, è significativo quanto riportato nella citata Relazione di accompagnamento, la quale assurge a «manuale operativo», illustrando, per ciascuna disposizione e per ciascun Allegato, *ratio* e modalità applicative e assorbendo in questa maniera anche la funzione di indirizzo attuativo sinora svolta dalle Linee guida non vincolanti dell'ANAC⁶⁰.

Per chiarire la rilevanza della Relazione, a titolo d'esempio, si rinvia al commento all'art. 1 dello Schema definitivo, ivi racchiuso: la Relazione prende atto del ruolo attribuito ai «Principi generali» dal nuovo Codice, i quali, in ossequio a quanto già osservato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 7 maggio 2013, n. 13, rendono «intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti, e consentono al tempo stesso una migliore comprensione di queste ultime connettendole al tutto»⁶¹.

Più in dettaglio, poi, nella Relazione è chiarito che il principio del risultato, con cui il Codice esordisce, descrive l'interesse pubblico primario perseguito dal Codice: vale a dire l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, ancorché nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Con riferimento all'art. 1, ancora, è messo in evidenza un nesso forte tra risultato e concorrenza: il primo rappresenta l'obiettivo; la seconda costituisce il metodo. Sicché, secondo questa impostazione rileva il risultato 'virtuoso', ovvero quello realizzato con l'osservanza delle regole della concorrenza. Diversamente, dovrebbe ritenersi che l'obiettivo della Stazione appaltante sia la gara in sé, a prescindere cioè dall'esito concretamente realizzato. Da quanto emerge dalla Relazione, invece, il contesto economico-sociale in cui le Amministrazioni operano esige che sia attivata una leva economica che favorisca – tramite il rispetto delle regole della concorrenza – lo sviluppo di quel contesto (anche) tramite le commesse pubbliche⁶².

Sicché, il principio del risultato è, allo stesso tempo, un principio-guida per la ricerca della soluzione del caso concreto, ma anche un elemento di valutazione, in

⁶⁰ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati», cit., 9.

⁶¹ Ivi, 12.

⁶² La tesi del risultato virtuoso è, peraltro, in perfetta sintonia con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione alla disciplina nazionale dell'*in house providing* nella sentenza Corte Giustizia UE sez. IX – 06 febbraio 2020, n. 89 citata *sub* nota 18: in quella sentenza, la Corte chiarisce che il ricorso allo strumento dell'*in house* è (addirittura) doveroso se il risultato migliore è perseguito con l'autoproduzione. Il che significa che l'Unione europea non impone l'attuazione della regole della concorrenza, ossia la sollecitazione concorrenziale degli operatori del mercato, perché la concorrenza non è sempre lo strumento più adatto alla cura dell'interesse della comunità di cui l'Amministrazione è custode e protettrice.

sede di responsabilità amministrativa e disciplinare, da invocare per ‘premiare’ l’attività del personale pubblico destinato allo svolgimento delle procedure evidenziali che abbia realizzato risultati virtuosi e per allontanare il rischio della c.d. burocrazia difensiva, rivelatasi di ostacolo ad ogni forma di sviluppo economico e sociale.

Sempre in ordine all’impostazione del Codice sovengono due ulteriori considerazioni.

La prima inerisce alla struttura del Codice: quest’ultimo ripercorre la procedura evidenziale, dalla fase di programmazione e di progettazione a quella di aggiudicazione e di esecuzione del contratto. Ciò con lo scopo, chiarito nella Relazione, di “raccontare” la storia della procedura, accompagnando via via Stazioni appaltanti e operatori economici⁶³.

La seconda riguarda la disciplina del regime transitorio contenuto agli articoli 227, 228 e 229 del Codice. Tali disposizioni stabiliscono, in sintesi, l’ultratattività della normativa vigente ai «procedimenti in corso», ossia a quelli già avviati alla data del 1° aprile 2023, data di presumibile entrata in vigore del nuovo Codice; e distinguono il momento della sopravvenuta entrata in vigore da quello dell’efficacia del Codice stesso, fissata al 1° luglio 2023. La duplicazione delle date persegue due finalità: la sostituzione dei Regolamenti vigenti con gli Allegati al Codice nel periodo intermedio; l’individuazione degli anzidetti procedimenti in corso. Chiarisce, infatti, l’articolo 227 che «il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 è abrogato, con i relativi allegati, a decorrere dalla data di entrata in vigore del codice e, fatto salvo quanto disposto al comma 2, continua a produrre effetti fino alla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2» (comma 1) e che «a decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell’articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso»⁶⁴.

Sul piano, ora, dei contenuti: la struttura del Codice punta a ricostruire la procedura di gara, agevolando di volta in volta l’operatore del diritto, nonché quello economico nella ricerca e nella individuazione della normativa applicabile. A questo profilo si aggiungono, poi, ulteriori puntualizzazioni deducibili dal testo, che pure appaiono strumentali a fare chiarezza in quelle intercapedini del

⁶³ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati», cit., 9.

⁶⁴ Ossia «a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data».

diritto degli appalti pubblici in cui, sovente, si sono insinuati dubbi e incertezze e delle Stazioni appaltanti e degli operatori economici.

Il rinvio è all'ambito di applicazione del Codice e, dunque, ai confini della materia, nonché ai motivi di esclusione dalla procedura evidenziale⁶⁵.

Sull'ambito di applicazione sovviene il chiaro tenore testuale dell'articolo 13 secondo cui le disposizioni del Codice si applicano ai contratti di appalto e di concessione; *non* si applicano ai contratti esclusi a norma delle direttive comunitarie, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto⁶⁶; *non* si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture; restano salve le disposizioni racchiuse nel D.Lgs. 175 del 2016 relative alla selezione del socio privato e di cessione di quote o di azioni.

Com'è evidente la disposizione assume particolare importanza perché circo-scrive, facendo chiarezza, i confini entro i quali il Codice deve essere applicato. L'articolo in parola assume una posizione netta su una questione – il contenuto essenziale dell'onerosità del contratto d'appalto – che si è rivelata spinosa per la giurisprudenza amministrativa, precisando che la corrispettività delle prestazioni è un requisito essenziale del contratto.

Lo Schema definitivo del Codice raccoglie gli stimoli derivanti dal diritto giurisprudenziale più recente, nazionale⁶⁷ ed europeo⁶⁸, formato sull'applicabilità del Codice ai contratti stipulati a titolo gratuito, ma interessati, ossia produttivi *aliunde* di un vantaggio economico e, in parte, li supera. Come anticipato, infatti, l'articolo 13, prima, stabilisce la non applicabilità del Codice ai contratti gratuiti «anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto»; dopo, però, prevede che, comunque, essi sono conclusi dalle Amministrazioni pubbliche nel rispetto dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui agli articoli 1, 2 e 3 dello Schema.

È, dunque, con chiarezza che il Codice definisce l'ambito di applicazione; individua le relative esclusioni e, per queste ultime, si sofferma comunemente a stabi-

⁶⁵ A titolo esemplificativo, sussistendo numerosi argomenti su cui, via via, la giurisprudenza amministrativa è intervenuta per fare chiarezza.

⁶⁶ In questo caso, però, l'affidamento è effettuato osservando, comunque, i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato di cui agli articoli 1, 2 e 3 del Codice.

⁶⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2017, n. 4614 secondo cui un contratto pubblico, per quanto concluso a titolo gratuito in senso finanziario, ma non economico, deve comunque ricadere nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti; diversamente, la Stazione appaltante potrebbe scegliere senza vincoli di sorta il contraente.

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia Ue, Sez. IV, 10 settembre 2020 (Causa C367/19) secondo cui «un contratto 'a titolo oneroso' designa un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Il relativo corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito».

linne la subordinazione ai principi generali, nazionali ed europei, che consentono un incontro virtuoso tra mercato e interesse pubblico.

Con riferimento, poi, ai motivi di esclusione dalla procedura evidenziale, che finora hanno determinato un contenzioso significativo, sovengono in particolare gli articoli 94 e 95 dello Schema: il primo individua le cause di esclusione «automatica»; il secondo contempla le cause di esclusione «non automatica». Nel vigente Codice ambedue sono contenute nell'articolo 80.

Ora, la previsione di due disposizioni distinte viene incontro a una evidente esigenza di chiarezza. Analoghe considerazioni valgono per la denominazione adottata, cause di esclusione «automatica» e non, in luogo dell'espressione 'esclusione facoltativa'. Come è precisato nella Relazione di accompagnamento, la precedente denominazione (ossia esclusione facoltativa) «si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli "facoltativi")», la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico»⁶⁹. Come già emerso in giurisprudenza, invece, il potere di esclusione attribuito alla Stazione appaltante non consiste in una mera manifestazione di volontà, ma piuttosto in un complesso apprezzamento del caso concreto e, dunque, della incidenza della causa di esclusione sulla serietà e sulla affidabilità dell'impresa⁷⁰. Concetti, questi ultimi, condivisi dal Legislatore se si considera la previsione del «principio della fiducia» con cui il Codice esordisce.

Gli esempi fin qui formulati mettono in luce il carattere innovativo dello Schema che, muovendo dai principi – in particolare, da quelli del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato – dà un segnale sia alle Stazioni appaltanti, esortandole a fare 'buon uso' della propria discrezionalità per la stipula di contratti 'virtuosi', sia agli operatori economici, invitandoli ad avere fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta delle Amministrazioni.

Ancora, la lettura dello Schema definitivo, unitamente alla Relazione, induce a ritenere che il Legislatore sia andato incontro alle esigenze di semplificazione nella forma e nei contenuti espresse dalle Stazioni appaltanti e dagli operatori economici e palesate, come è emerso sopra, nell'aumento del contenzioso scaturito (anche) dall'incertezza prodotta dai continui ed eterogenei interventi sul vigente Codice.

Sul solco della semplificazione si inseriscono la scelta di un Codice auto esecutivo, con il conseguente assorbimento delle Linee guida vincolanti dell'Autorità anticorruzione; la struttura stessa del Codice che ripercorre le fasi della procedura evidenziale sino alla esecuzione del contratto; la previsione di disposizioni chiare su questioni controverse e delicate fin qui affrontate dalla giurisprudenza nazionale ed europea. Non soltanto: come manifestato nella Relazione, il Legislatore ha inteso realizzare la semplificazione dei contenuti anche attraverso la previsione dell'eser-

⁶⁹ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati» citata, 138.

⁷⁰ Cfr. Ad. Plen. del Cons. St., 28 agosto 2020, n. 16 e 27 maggio 2021, n. 9.

cizio del potere discrezionale delle Amministrazioni, pur inserendolo in una cornice ben definita di principi, e l'eliminazione, «ovunque possibile», del *goldplating*⁷¹.

8. *Riflessioni conclusive: la semplificazione 'presa sul serio'*⁷²

Dall'approfondimento delle più significative novelle al vigente Codice dei contratti pubblici (al netto del nuovo Codice) emerge con nitore che il Legislatore ha preteso di dare una spinta al mercato – in pratica ai cantieri da aprire e a quelli da chiudere, ma anche ai servizi pubblici – prima e dopo l'emergenza sanitaria attraverso lo strumento della semplificazione.

Invocata e talora mistificata, la semplificazione avrebbe dovuto riguardare sia le norme sia i procedimenti, ma dall'analisi svolta è emerso che le aspettative sono state tradite.

Ogni intervento legislativo è stato racchiuso in testi composti da numerosissime disposizioni⁷³ con l'effetto che la copiosità dei testi normativi e la loro complessità hanno indebolito le pretese di semplificazione⁷⁴.

⁷¹ Cfr. «*Relazione agli articoli e agli Allegati*» citata, 10.

⁷² Il riferimento è al noto lavoro di R. Dworking, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1994.

⁷³ A titolo esemplificativo, il Decreto c.d. «Semplificazioni» contiene un articolato di 470 commi; invece, quel Decreto sembra muovere da un convincimento, erroneo, come dimostrato, che la legge possa risolvere ogni problema operativo. Ancora, in argomento, il Decreto n. 76/2020 introduce plurimi regimi normativi differenziati per quanto riguarda l'efficacia temporale delle disposizioni introdotte. Più nello specifico, il decreto in questione contempla: disposizioni che trovano applicazione per le procedure il cui atto di indizione sia stato adottato in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2021 (come ad esempio quelle in materia di affidamenti sotto-soglia di cui all'articolo 1); disposizioni che trovano applicazione sia per le procedure di gara già indette alla data di entrata in vigore del decreto, sia per quelle indette successivamente e fino al 31 dicembre 2020; disposizioni che trovano applicazione per le procedure in relazione alle quali il termine di presentazione delle offerte sia scaduto alla data del 22 febbraio 2020 (ci si riferisce, in particolare, all'obbligo di aggiudicare tali procedure entro il 31 dicembre 2020, secondo quanto previsto dall'articolo 8, comma 2); disposizioni che trovano applicazione per gli appalti di lavori che fossero già in corso alla data di entrata in vigore del decreto (come ad esempio la previsione in tema di anticipata adozione dello stato di avanzamento dei lavori ai sensi dell'articolo 8, comma 4); disposizioni che trovano applicazione per le procedure avviate in una data compresa fra quella di entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2023 (come la deroga alle previsioni in tema di debito pubblico di cui all'articolo 8, comma 6-bis); disposizioni che prorogano nel tempo la sospensione di taluni istituti codicistici che era stata già disposta dal 'Decreto sblocca-cantieri' del 2019 (come ad esempio quella in tema di sospensione del divieto di appalto integrato di cui all'articolo 8, comma 7); disposizioni che modificano a regime il testo del 'Codice dei contratti pubblici' del 2016 (come quelle in tema di regolarità fiscale e contributiva dei concorrenti di cui all'articolo 8, comma 5, lettera b)).

⁷⁴ V. F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020, 21-22, secondo cui «c'è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi. Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d'interpretazione [...] Molte parole, molti dubbi. Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuziosa, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione». V. anche C. Contessa, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

All'elevato numero di disposizioni legislative deve aggiungersi che spesso la novella non è intervenuta sulla lettera del Codice, ma su ulteriori testi normativi: sicché l'operatore non ha avuto un Codice, pure corposo, dal quale ricavare (tutta) la disciplina di interesse, ma è stato costretto a individuare la normativa applicabile tra plurimi testi.

La regola giuridica deve essere ricavata, cioè, da un complesso *iter* di ricomposizione dell'articolato normativo nel cui ambito il Codice rappresenta soltanto uno dei testi di riferimento.

Fin qui, dunque, le difficoltà derivanti dalle tecniche di *drafting* scelte dal Legislatore e, soprattutto, la rappresentazione dei *needs and gaps* raccolti nella crisi economica e nell'emergenza sanitaria.

Di tanto sembra tenere conto il Legislatore nella Legge n. 78 del 2022, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*» e, come approfondito, nello Schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici.

Eppure, un tempo ristretto, appena sei mesi, sono stati concessi al Governo per adottare il nuovo intervento legislativo sulla materia e, in particolare, per «razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché [...] evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate»⁷⁵. La Relazione allegata alla Legge delega già dava atto della circostanza che le misure fino ad allora adottate dal Legislatore – per lo più derogatorie del regime ordinario – non hanno assicurato coerenza del sistema, ma al contrario hanno restituito complessità e, dunque, prodotto sfiducia.

Importanti obiettivi e grandi ambizioni, dunque, connotano il nuovo Codice: ancora una volta in scena torna la (ambita) semplificazione delle procedure di affidamento; viene altresì in rilievo il forte incentivo al ricorso a procedure flessibili (quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità); inoltre, la permeabilità della materia agli agenti esterni rende il rinvio ai principi di trasparenza e di concorrenzialità non una inutile ridondanza, ma un opportuno – forse necessario – monito per le Stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

Inviti, questi, raccolti nello Schema definitivo che, infatti, esordisce con una triade di principi forti e chiari: il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato; in questa cornice, poi, il Codice inserisce una puntuale ricostruzione sia della procedura evidenziale (dalla fase di programmazione progettazione all'esecuzione del contratto) sia di tutti gli ulteriori profili, disciplina dei requisiti di ammissione e dei motivi di

⁷⁵ V. Relazione allegata al disegno di Legge n. 2330, cit.

esclusione dalla procedura, ad esempio, che contribuiscono al corretto svolgimento dell'attività amministrativa e al perseguimento di un risultato virtuoso.

Il nuovo Codice segna la svolta perché, senza incertezze, precisa che la concorrenza deve essere lo strumento per raggiungere un risultato virtuoso; a questo scopo, sia le Stazioni appalti sia gli operatori economici devono orientare il proprio operato.

L'intendimento di restituire coerenza alla normativa sulla materia – rivelato nella Legge delega e recepito nello Schema definitivo – appare, dunque, raggiunto anche in considerazione del fatto che, come visto, il nuovo testo recepisce i più recenti indirizzi giurisprudenziali su questioni (come la gratuità del contratto ovvero le cause di esclusione non automatica dalla gara) che, negli ultimi tempi, avevano determinato un'impennata del contenzioso con effetti, all'evidenza, negativi sul perseguimento degli obiettivi di crescita e di ripresa economica e sociale.

Ancora, nell'analisi svolta è emerso che una delle principali criticità della materia degli appalti pubblici è la mutevolezza della normativa, che disorienta operatori, Amministrazioni e imprese, incapaci di programmare la propria attività⁷⁶. L'incertezza che è derivata finora dai continui interventi legislativi ha costituito una pietra d'inciampo per la macchina amministrativa, indotta ad arretrarsi in chiave difensiva e, dunque, a bloccare in concreto lo sviluppo.

In questo contesto, la semplificazione ha finito per ridursi a uno *slogan* politico, così svuotata di significato e di portata. È essenziale, invece, che la semplificazione sia “presa sul serio”: di questa esigenza, per le novità sul piano dell'impostazione e dei contenuti, sembra farsi carico il nuovo Codice dei Contratti pubblici.

Questa considerazione, peraltro, è giustificata anche da un'ulteriore constatazione (rispetto a quelle innanzi svolte): il Codice, infatti, letto unitamente alla Relazione di accompagnamento, mette in chiaro che la semplificazione è raggiunta sia attraverso la chiarezza delle disposizioni normative sia, e soprattutto, attraverso lo snellimento delle procedure. La semplificazione deve tradursi “nei fatti” e diviene, perciò, il contenuto dell'azione amministrativa da rilevarsi, a questo punto, attraverso lo svolgimento di un'analisi empirica.

Affinché, poi, questo obiettivo sia raggiunto nella realtà concreta non può prescindere da una adeguata formazione dei funzionari pubblici che operano nel settore e da una generale diffusione della cultura della legalità e della «fiducia»⁷⁷.

⁷⁶ Così F. Cintioli, *La lezione Anac: l'Italia non ha bisogno di tecnocrazia*, in www.buffingtonpost.it.

⁷⁷ Su questa stessa linea anche M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, in *Diritto dell'Economia*, 2020, 2, secondo cui «[...] occorre mettere mano a una certamente complessa, ma affatto indispensabile, operazione di chiarezza che abbia a tema le relazioni tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Il che richiede, a parere di chi scrive, uno straordinario sforzo di sintesi che, limitandoci all'ambito economico-imprenditoriale, attività per attività, stabilisca una demarcazione netta tra quelle che possono essere liberamente esercitate in quanto espressione dell'autonomia privata e quelle che possono essere svolte solo previa valutazione da parte di un ente pubblico della loro coerenza con gli interessi pubblici. Tutti gli sforzi di semplificazioni che in questi ultimi decen-

Il nuovo Codice coglie appieno la sfida, laddove – per il tramite della Relazione – chiarisce che la reale riforma dei contratti pubblici necessita di una intensa attività operativa ed essenzialmente di «almeno tre condizioni non legislative, che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede PNRR: i. una adeguata formazione dei funzionari pubblici [...]; ii. una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione»⁷⁸.

Formazione, riqualificazione e digitalizzazione sono, dunque, la leva per il salto di qualità voluto dal Legislatore e per la riconquista della fiducia dei cittadini e, in particolare, degli operatori economici nella ripresa e nella crescita del Paese.

ni sono stati profusi dal legislatore esclusivamente per rendere più efficienti, anche dal punto di vista temporale, le modalità di esercizio dei poteri amministrativi non sembrano potere ottenere risultati apprezzabili se non si opera sul piano della riduzione degli ambiti sottoposti al regime amministrativo e su quello della contrazione degli aggravii procedurali che rallentano l'azione degli enti pubblici.».

⁷⁸ Cfr. «Relazione agli articoli e agli Allegati» cit., 10.

Francesco Vetrò, Giovanni Lombardo, Michela Petrachi - Abstract

L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici

Il lavoro sviluppa un'analisi critica dell'evoluzione della normativa in materia di contratti pubblici; in particolare approfondisce l'impatto delle norme sulla (auspicata) semplificazione della disciplina, introdotte negli ultimi anni, prima e durante l'emergenza sanitaria, per ricavarne spunti utili di riflessione e di analisi anche della più recente riforma della materia, avviata con la Legge 21 giugno 2022 n. 78, recante «*Delega al Governo sulla materia dei contratti pubblici*», e allo stato trasfusa nello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, all'esame delle Commissioni parlamentari.

The launch of the new Code between competition, legality and instances of simplification: the unstable balance of public contracts

The paper develops a critical analysis of the evolution of the legislation on public procurement; in particular, it delves into the impact of the rules on the (hoped-for) simplification of the legislation, enacted in recent years, before and during the health emergency, in order to derive useful insights and analysis also of the most recent reform of the matter, initiated with Law No. 78 of June 21, 2022, bearing “*Delegation to the Government on the matter of public contracts*”, and at present transfused into the Final Outline of the Public Contracts Code, under consideration by the parliamentary committees.

La rigenerazione dei territori urbanizzati. Frammenti di una nozione

Paolo Michiara

SOMMARIO: 1. Premessa. Il territorio tra interessi economici ed esigenze sociali. – 2. L'oggetto e i contenuti. La dimensione dei progetti, l'urbanistica tattica, le persone, gli animali e le cose. – 3. I soggetti. – 4. Gli spazi e i tempi. Dai “luoghi terzi” al “terzo paesaggio”. – 5. Le ragioni e i “nemici” della rigenerazione. Circa la necessaria ponderazione delle diverse posizioni soggettive e degli interessi confliggenti. – 6. Gli strumenti. Dall'autorità al consenso. La finanza di progetto a servizio della rigenerazione. – 7. La ricostruzione della nozione attraverso i suoi frammenti. – 7.1. La rigenerazione come attività di interesse generale. – 7.2. Il buon esercizio della discrezionalità quale antidoto al degrado economico e sociale. – 7.3. Agevolazioni, semplificazioni, deroghe ed eccezioni – incorporate in bandi e progetti – alla prova della comparazione e della sostenibilità. – 7.4. Una funzione amministrativa destrutturata e complessa. Verso un diritto della rigenerazione territoriale.

1. *Premessa. Il territorio tra interessi economici e esigenze sociali*

È difficile cercare di fornire un inquadramento giuridico complessivo al tema tanto dibattuto della rigenerazione urbana. La materia è infatti priva di confini e dispersa tra diverse discipline quali ad esempio l'urbanistica, l'economia in tutte le sue branche (specie nell'accezione in voga dell'economia civile), la sociologia e, ovviamente, il diritto (*in primis* del governo del territorio)¹.

¹ La produzione scientifica sulla materia, e limitandoci a quella più propriamente di diritto amministrativo, è ormai ricca. Volendo rimanere sulla soglia degli articoli più recenti (ai quali si rimanda per la bibliografia ivi contenuta), quindi agli interventi che hanno affrontato nello specifico il tema della rigenerazione in rapporto al governo (locale) del territorio, si segnalano P. Otranto, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del Territorio e patrimonio culturale. Studi dal XIX Convegno nazionale AIDU*, Milano, 2017, 91 ss.; F. Di Lascio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 2, 135 ss.; P. Carpentieri, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in Aa.Vv., *Dall'urbanistica al governo del territorio. Atti del LXV Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, Milano, 2020, 127 ss.; A. Fioritto, *La (debole) legalità urbanistica: il caso della rigenerazione urbana*, in B. Pozzo, M. Passalacqua

Lo stesso dicasi per le fonti: tutti ritengono di essere autorizzati a produrre norme sull'argomento. Dalle comunità locali – che, in un'ottica sussidiaria, ritengono di dover avere la primazia non solo per quanto concerne lo svolgimento delle attività puntuali di “recupero”, ma anche per quanto riguarda la normazione² – al livello europeo³, per passare a stato e regioni⁴, non vi è infatti sogget-

(a cura di), *Diritto e rigenerazione dei brownfields*, Torino, 2020, 73 ss.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. Amm.*, 2021, 2, 439 ss. e *La rigenerazione urbana come strategia di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2021, 2, 329 ss.; C.P. Santacroce, *Governo del territorio per una rigenerazione urbana “seria”*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 3; P.L. Portaluri, *L'incanto che non so dire: unicità e unicismi procedurali nel governo del territorio*, in *Federalismi*, 2021, 29, 16 ss.; A. Bartolini, voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia del Diritto, I tematici III, Funzioni amministrative*, dir. da M. Ramajoli, B.G. Mattarella, Milano, 2022, 1260 ss.; S. Amoroso, *L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica liquida*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 5, 616 ss. Si rinvia invece, per quanto riguarda le opere collettive e le monografie, a G. Bergonzini, P. Marzaro (a cura di), *Uso e trasformazione del territorio*, Rimini, 2015; E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017; F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022. Si rimanda altresì, in relazione ad un approccio particolarmente attento alle problematiche del governo locale, al numero monografico *La rigenerazione urbana e le nuove sfide per il governo del territorio*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, 3 (ove G.F. Cartei, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, 3, 603 ss. e M. Dugato, *L'uso accettabile del territorio*, 3, 597 ss., pongono rispettivamente dei punti fermi e delle suggestioni destinate ad essere riprese negli approfondimenti più recenti sul tema). Sull'argomento cfr. altresì, in un'ottica essenzialmente urbanistico-edilizia, R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 237 ss. e, per quanto concerne alcuni aspetti particolari (profili identitari, partecipativi e securitari) A. Angiuli, *Rigenerazione identitaria e semplificazione nel governo del territorio*, in F. Astone, M. Calderara, F. Mangano, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, spec. vol. I, 41 ss.; A. Previato, *Processi di progettazione partecipata applicati alla rigenerazione urbana: cenni sulle tendenze di un fenomeno accolto anche nella recente “Legge sulla tutela e l'uso del territorio” dell'Emilia Romagna*, in *Federalismi.it*, 2019, 15; A. Simonati, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 1, 32 ss.; G. Gardini, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, 24, 65 ss.

² Il tema della rigenerazione urbana è oggetto non solo di regolamenti urbanistico-edilizi municipali, ma anche di nuove forme partecipate (patti di collaborazione), ora regolamentate da tantissimi comuni. Ci si permette di rimandare a P. Michiara, *Tipicità e autonomia nella regolamentazione della cittadinanza attiva*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, cit., 135 ss. Sviluppa il tema, proprio in riferimento alla tematica della rigenerazione urbana, G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, cit., 338 ss.

³ In ambito comunitario venne proposta una direttiva sulla protezione del suolo che affrontava anche i temi del degrado e quindi della rigenerazione, ma non è mai stata approvata. La rigenerazione urbana, intesa come sviluppo urbano sostenibile, è comunque divenuta, anche per mezzo di strumenti di *soft law* quali comunicazioni ed altro, elemento centrale nelle cd. politiche di coesione europea. I progetti rientranti in tali politiche vengono finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR), dal Fondo sociale europeo (FSE) e dal Fondo di coesione.

⁴ Si segnalano, *ex multis*: L.R. Lazio, 18 luglio 2017, n. 7, *Disposizioni per la rigenerazione urbana e per il recupero edilizio*; L.R. Liguria, 29 novembre 2018, n. 23, *Disposizioni per la rigenerazione urbana e il recupero del territorio agricolo*; L.R. Piemonte, 4 ottobre 2018, n. 16, *Misure per il riuso, la riqualificazione dell'edificato e la rigenerazione urbana*; L.R. Puglia, 29 luglio 2008, n. 21, *Norme per la rigenerazione urbana*; L.R. Toscana, 10 novembre 2014, n. 65, *Norme per il governo del territorio*, il cui Capo III (Titolo IV) riguarda *Disposizioni volte*

to, organo o ente che si voglia sottrarre al difficile compito di fornire una propria visione della materia.

Si ritiene pertanto opportuno, in un'ottica descrittiva e senza aver l'ambizione di volere definire ciò che, per sua natura, non può essere racchiuso in un solo concetto, provare ad esporre alcuni frammenti che, si spera, possano risultare utili a chi, per motivi di ricerca o operativi, debba occuparsi delle attività di cui trattasi.

Il fatto che non vi sia – giustamente, a parere di chi scrive – una definizione normativa comprensiva, che non sia stata emanata una legge *ad hoc*⁵, non significa infatti che ci si debba sottrarre da una, seppur breve e – in questo caso – modesta, opera ricostruttiva.

Anzi, tale assenza consente e legittima, ad opera della dottrina ma anche degli stessi operatori (chi dovesse redigere per esempio un bando per finanziare interventi di rigenerazione), un'operazione ermeneutica volta ad estrarre, dalle varie e numerose discipline positive e dalle migliori prassi, quelle nozioni che siano in grado, pur se deboli e non omnicomprensive, di indirizzare in modo proficuo, utilizzando il criterio della ragionevolezza, i processi e le attività del caso.

Con questo (nozioni deboli, strumentali) si vuol pertanto dire che non si cercherà di indicare *che cosa veramente sia*⁶ la rigenerazione; ciò per il semplice fat-

ad incentivare la razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente e per la rigenerazione delle aree urbane degradate. Di particolare interesse è quindi l'impianto della L.R. Emilia-Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24, *Disciplina regionale sulla tutela e l'uso del territorio*, il cui Capo II (Titolo II) concerne appunto la *Promozione del riuso e della rigenerazione urbana*. Per una ricognizione relativa ad alcune leggi regionali in materia di rigenerazione urbana cfr. A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., in particolare 63 ss.

⁵ Era stato a lungo in discussione in Senato il disegno di legge 1131 - XVIII Legislatura riguardante appunto *Misure per la rigenerazione urbana*. La Ragioneria Generale dello Stato aveva espresso, in relazione allo stesso, parere negativo nella relazione tecnica datata 18 febbraio 2022. Sono poi intervenute associazioni di categoria e urbanisti a reclamare, in modo peraltro misurato e approfondito, un intervento normativo sull'argomento. Si veda, in tal senso, il *Decalogo per la rigenerazione urbana* predisposto da *Urban Renovation Lab* (promosso da Ance insieme a professionisti, operatori economici, università, associazioni e stakeholder) nel dicembre 2021 e presentato da Ance nel corso dell'evento "Com'è bella la città" tenutosi a Parma il 13 maggio 2022. In tale occasione il Presidente di Ance (Gabriele Buia) ha ribadito la necessità di una nuova legge urbanistica (per superare quella del 1942) nonché di una legge nazionale sulla rigenerazione urbana. Il tutto si è quindi bloccato con la crisi e la caduta del Governo Draghi (nel caldo luglio 2022). Per un commento al disegno di legge citato cfr. G.F. Cartei, *Note critiche a margine di un disegno di legge in materia di rigenerazione urbana* in *Munus*, 2022, 1, 133 ss. In ogni caso la rigenerazione urbana, come noto, è anche uno specifico oggetto-obiettivo del PNRR – Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (cfr. il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021). In particolare, la rigenerazione riguarda tanto la "missione" dedicata al turismo (rigenerazione delle periferie urbane e valorizzazione dei luoghi identitari – Missione 1C3), quanto la missione 5 relativa all'inclusione e alla coesione sociale. Sono previsti, in particolare, interventi di rigenerazione volti a ridurre situazioni di degrado sociale ed emarginazione e a migliorare la qualità del decoro urbano e del contesto sociale e ambientale (Missione M5C2.2).

⁶ Pensiero debole e nichilismo giuridico non significano, del resto, solo negazioni e sottrazioni, ma anche libertà di costruire, al di là di un peraltro indefinibile concetto di verità che mal si sposerebbe comunque ad un sistema basato su di un diritto positivo cangiante, percorsi argomentativi ed esperienze "diverse", adattabili ai vari plurimi contesti e quindi proficuamente replicabili. È dal caos del resto che, come è noto, possono

to che tale sforzo sarebbe, oltre che ovviamente superiore alle competenze di chi scrive e a questa limitata sede, probabilmente impossibile o inutile. Impossibile perché le distinte materie afferenti al concetto non potranno mai essere annullate in un'unica disciplina (scientifica o normativa che sia); inutile perché si perderebbe la ricchezza delle plurime esperienze.

Il ricostruire per frammenti non significherà quindi solo accettare i limiti imposti dalla modernità, ma anche, in positivo, dar conto delle tante e differenti volontà che, in un'ottica emulativa delle migliori prassi, hanno contribuito a costruire delle realtà vive, poliedriche, significative anche per il mondo del diritto. Ciò nella consapevolezza che a volte, proprio dal fraintendimento o dal "tradimento" (purché onesto) dell'interprete, possono nascere nuove – interessanti e replicabili – forme.

L'esposizione dei contorni della nozione ci porterà quindi non a descrivere le singole e svariate norme (ormai facilmente reperibili da chiunque con una ricerca testuale in un qualsiasi motore di ricerca) che, in modo più o meno enfatico, si sono occupate della materia, ma ad esporre gli aspetti giuridici salienti di quel che è stato ritenuto come rigenerativo o potrebbe essere considerato come tale.

Quanto sopra verrà effettuato utilizzando una logica classificatoria e adottando, come usa dirsi oggi e per quanto possibile, un'ottica generativa,⁷ tenendo in parte e liberamente conto, al solo fine di provare a fornire degli spunti per un inquadramento giuridico complessivo (una sorta di breve voce enciclopedica), delle tradizionali coordinate che afferiscono all'attività discrezionale della p.a.: *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*.

liberarsi stelle danzanti (F. Nietzsche). Sull'argomento, per una prospettiva generale, è d'obbligo il riferimento a N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma, 2004.

⁷ Il futuro si genera ordinando e classificando il passato, facendo tesoro dei fallimenti, falsificando tesi, abbandonando l'idea di poter costruire statici sistemi chiusi. Per esemplificare e rimanendo in tema di bandi. L'ultimo (anche in termini di capacità tecniche) dei banditori di percorsi rigenerativi dovrebbe potersi giovare degli elementi ed anche degli errori ricavabili dai bandi precedenti; potrebbe in tal modo produrre esiti migliori rispetto a quelli generati dai magari ottimi precedenti operatori. Non esisterà mai del resto, in assoluto, il miglior bando, il miglior progetto (da copiare): sarà solo e sempre possibile, in circostanze date ma sempre nuove, effettuare delle comparazioni volte ad eliminare via via (in un'ottica di sottrazioni progressive) le soluzioni che appaiano come erronee. La "stella danzante" non può insomma, in positivo, essere replicata *sic et simpliciter*. Si può solo cercare di eliminare (non il caos ma) dal *caos*, ciò che sembrerebbe essere nocivo, per poi provare umilmente a pianificare e a costruire dei percorsi il cui esito, molto spesso, dipenderà dal *caso*. Quel che importa, in termini giuridici e di responsabilità, sono del resto i *mezzi*, essendo difficile poter vincolare ad un determinato *risultato* chi (il banditore) non abbia la fisica e giuridica possibilità di dominare territori e società (il caos).

2. *L'oggetto e i contenuti. La dimensione dei progetti, l'urbanistica tattica, le persone, gli animali e le cose*

È opportuno, prima ancora di esaminare quali possano essere i soggetti promotori delle rigenerazione, effettuare un breve accenno alle caratteristiche intrinseche e ai possibili contenuti (*quid*) dei progetti.

Una prima classificazione, ragionando in termini meramente *quantitativi*, può essere effettuata avendo come riferimento le *dimensioni* del progetto. Vi sono iniziative che coinvolgono territori estesi, molti attori, presuppongono interventi impattanti su svariate aree, richiedono ingenti investimenti. Si pensi a quanto effettuato a Milano in occasione di Expo 2015 (e non solo): il recupero della Darsena, la riapertura del Canale Ticinello, il restauro di vari ponti, la riqualificazione di Porta Nuova, il progetto *City life*. Si tratta di iniziative che, necessariamente, presuppongono e comportano ampie e radicali trasformazioni tanto delle infrastrutture fisiche quanto delle infrastrutture sociali e, a tal fine, sono pertanto richiesti strumenti giuridici vari e complessi, che tengano conto della necessità di dover operare su larga scala, seguendo coordinate spazio-temporali assai estese e quindi non facilmente controllabili.

All'opposto sono rilevabili iniziative dette di micro-rigenerazione, dove la complessità spazio-temporale ed i costi sono ridotti al minimo (non lo è necessariamente la complessità burocratica, che, normalmente, è indifferente alle dimensioni dell'iniziativa)⁸.

Si parla anche, prescindendo dagli aspetti meramente edilizi e per significare come possano esservi strategie rigenerative "leggere" (richiedendo spazi, tempi, dimensioni e costi poco impattanti), di urbanistica tattica⁹.

⁸ La micro-rigenerazione urbana è definita da P. Urbani, *L'Edilizia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2020, 6, 727, come processo partecipativo da parte della collettività alla «*gestione del potere pubblico, per la tutela e la rigenerazione dei "beni comuni" (urbani) ossia di beni funzionali alla collettività, il cui uso trascurato o negletto ben potrebbe rappresentare un'occasione di riappropriazione attraverso la gestione condivisa pubblico-privato: la rigenerazione urbana è oggi, dunque, conditio sine qua non per una "rigenerazione umana"*». Cfr. altresì, del medesimo Autore, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 4, 303 ss. Per quanto concerne le grandi iniziative (aree vaste), d'obbligo è invece il riferimento ai Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio, detti P.R.U.S.S.T. (cfr. sul punto A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., 46).

⁹ Per *tactical urbanism* si intende un insieme di azioni, flessibili, a basso costo e a breve termine, nato per promuovere dal basso, attraverso il coinvolgimento dei cittadini, il miglioramento a lungo termine della qualità della vita negli spazi pubblici. Si tratta di una tecnica di trasformazione urbana che trae origine dalla cultura nordamericana. Cfr., per la definizione di urbanismo tattico, G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, cit., 65 ss. Si rimanda altresì a M. Lydon, A. Garcia, *Tactical Urbanism. Short-term action for long-term change*, Washington, 2015. Un esempio di urbanistica tattica è il progetto Piazze Aperte del Comune di Milano con il quale sono state (meramente) rinnovate alcune piazze della città ricavando aree pedonali, aree gioco e spazi per eventi.

Naturalmente tra i due opposti si situano la maggior parte delle iniziative normalmente considerate rigenerative.

Sempre seguendo il profilo delle dimensioni, e tenendo conto anche delle diverse caratteristiche fisiche e “quantitative” dei centri urbani, sono quindi possibili infiniti intrecci. Dai grandi progetti nei piccoli centri, alle micro rigenerazioni nelle metropoli, ai progetti di mera rivitalizzazione dei piccoli borghi, la declinazione e la diversa valorizzazione delle estensioni spazio-temporali dei soggetti e degli oggetti non hanno limiti, se non quelli della libertà del legislatore e della discrezionalità del banditore. Con questo si vuol dire che, prescindendo da giudizi di valore, vi possono essere leggi o bandi che valorizzino, via via, in modo alternativo o in simultanea, i grandi interventi nei capoluoghi di regione (degradati), gli *small projects* nelle aree interne, le iniziative di recupero di grandi complessi immobiliari nei piccoli borghi ed altro¹⁰.

Vi sono altresì, in secondo luogo e sempre ragionando in termini, se così si può dire, quantitativi e formali, iniziative che coinvolgono, sotto il profilo dei contenuti, materie e discipline plurime, quali ad esempio ambiente, cultura, istruzione, paesaggio, edilizia, servizi sociali, sport salute e turismo. Si pensi al recupero e alla gestione, ad opera di una cooperativa sociale di tipo *b*¹¹, di un piccolo parco storico nel quale poter effettuare visite didattiche e attività *open air* di vario genere.

Altri interventi possono invece essere più semplici (ma non necessariamente più piccoli in termini dimensionali o di minor pregio), avendo per esempio come

¹⁰ Sotto il profilo normativo e finanziario, si veda il D.P.C.M. 21 gennaio 2021 recante “Assegnazione ai comuni di contributi per investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti alla riduzione di fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale” (emanato ai sensi dell’art. 1, commi 42 e 43, legge 160/2019).

Cfr. poi i bandi pubblicati tra i quali si citano l’Avviso pubblico del Ministero della Cultura per la presentazione di Proposte di intervento per la rigenerazione culturale e sociale dei piccoli borghi storici da finanziare nell’ambito del PNRR o, ancora, l’Avviso pubblico del Ministero della Cultura e della Regione Emilia-Romagna per la presentazione di proposte di intervento per il restauro e la valorizzazione del patrimonio architettonico e paesaggistico rurale, sempre nell’ambito del PNNR (per i contenuti si rimanda ai seguenti link: <https://cultura.gov.it/borghi> e <https://patrimonioculturale.regione.emilia-romagna.it/avvisi-e-bandi/pnrr-rurale>). Si veda, altresì, l’Avviso per la raccolta di manifestazioni di interesse ai fini dell’acquisizione di immobili da parte di un fondo immobiliare operante nel settore del turismo finanziato con risorse del PNRR, volto a sostenere lo sviluppo turistico prevalentemente nelle zone economicamente più svantaggiate e a valorizzare e/o riconvertire immobili pubblici in strutture ricettive, anche valutando potenziali iniziative con l’Agenzia del Demanio e/o le autorità regionali e comunali (<https://www.cdpisgr.it/static/upload/681/68178f134c3e1475b0d0f25aab3149dc.pdf>).

¹¹ Ai sensi dell’art. 1 legge 381/1991 (Disciplina delle cooperative sociali) le cooperative di tipo *b* «hanno lo scopo di perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini attraverso: [...] *b*) lo svolgimento di attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate». A differenza delle cooperative di tipo *a* (socio-educative-assistenziali) possono quindi svolgere qualsiasi attività purché la stessa sia finalizzata al reinserimento (sociale, lavorativo [...]) dei soggetti svantaggiati.

presupposto una sola delle materie di cui sopra (il recupero edilizio di un immobile, magari grande, abbandonato in una zona degradata).

Una terza classificazione, in relazione al contenuto e seguendo un profilo dinamico, può essere proposta avendo come riferimento il *tipo* di attività espletata. È cioè possibile, usando gli esempi sopra effettuati, distinguere tra attività costruttiva (ora preferiamo usare i termini meno impattanti di recupero e riqualificazione) e attività di tipo gestionale. Si tratta pur sempre di un *facere* ma, nel primo caso, la prestazione ha o dovrebbe avere un termine breve e determinato e l'esito della rigenerazione (un'opera) dovrebbe essere acclarato alla fine da un collaudo, mentre nel secondo caso l'attività, essenzialmente un servizio, dovrebbe essere verificata giorno dopo giorno, nel suo svolgersi quotidiano e non solo alla fine.

Naturalmente anche in questa ultima ipotesi gli intrecci sono vari e declinabili secondo i ben noti (ma non semplici) parametri della concessione e del partenariato¹²: vi possono essere cioè iniziative dove alla gestione si accompagni una modesta attività ricostruttiva ed altri interventi dove invece prevalga la parte costruttiva, pur essendo presenti obblighi gestori. Parimenti in questi casi il tempo e lo spazio, in termini quantitativi, giocano un ruolo fondamentale nella differenziazione delle iniziative. È ben diverso infatti un partenariato avente contenuto rigenerativo di lunga durata rispetto ad un intervento puntuale destinato ad esaurirsi in tempi e spazi contenuti.

Una quarta classificazione, ricavabile dalla precedente ma seguendo questa volta un profilo statico, può quindi essere ricavata avendo come parametro il cono di incidenza dell'attività. Vi possono cioè essere interventi che influiscono essenzialmente e prevalentemente, in tutto o in parte (le possibilità e le declinazioni sono varie) su: - beni inanimati, materiali ed *immobili* e cioè su terreni ed edifici di appartenenza pubblica e privata (oggetti tendenzialmente "passivi"); - soggetti "materiali" *mobili* e cioè persone e animali¹³, potenzialmente attivi e par-

¹² Il concetto di partenariato (un tempo suddiviso in contrattuale e istituzionale) è stato ormai radicalmente "riscritto" ad opera del Codice dei contratti pubblici. Per un approccio complessivo al tema si rimanda a R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; F. Mastragostino, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, Milano, 2019, in particolare parte XIV, 207 ss. Per una disamina del partenariato sociale cfr. da ultimo J. Vavalli, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. Amm.*, 2022, 1, 215 ss. Per un commento ad un recente esempio di partenariato pubblico privato, nell'ambito della realizzazione del Polo Strategico Nazionale previsto dal PNRR, cfr. G. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo Strategico Nazionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2021, 6, 703 ss.

¹³ Da quando la tutela degli animali è entrata in Costituzione, è pensabile che anche nel nostro paese inizieranno a fiorire studi sull'argomento. Ciò anche per recuperare il tempo perduto rispetto al quadro internazionale dove il tema, a partire dalle sempre illuminanti intuizioni di Martha Nussbaum (dalle prime pubblicazioni alla fine degli anni Ottanta in poi in molti dei suoi libri si lamenta la mancata considerazione delle relazioni tra umani e animali non umani), è variamente discusso. Si pensi ai numerosi (all'estero) centri di studio sui diritti degli animali quali il Cambridge Centre for Animal Rights Law (<https://animalrightslaw.org/>),

tecipi, in termini di reciprocità, alle diverse iniziative, non solo destinatari passivi delle stesse; - beni *immateriali*, culturali o meno (in questo caso l'attività, per essere considerata rigenerativa, deve però avere comunque una sua materialità, una certa visibilità, per essere verificata).

La nozione di bene (*res*) ci porta ad una quinta elencazione basata sulla valorizzazione del regime proprietario. Sotto questo profilo le attività rigenerative possono avere ad oggetto beni di: - tutti (beni comuni); - nessuno (*res nullius*); - privati; - enti pubblici; - comunità e/o soggetti misti od ibridi.

Seguendo invece un approccio di tipo qualitativo e volendo partire anche dallo stato (supposto, in quanto si tratta pur sempre di valutazioni soggettive) dei beni e delle conseguenti possibili azioni, si può introdurre una sesta classificazione così, grosso modo, riassumibile in modo binario: - i beni che si trovino in pessime condizioni devono essere (o *demoliti* o) *curati*, restaurati e/o ristrutturati e, in sintesi, recuperati¹⁴; - quelli che si trovino in buono stato devono solo essere conservati, casomai riqualificati e, in ogni modo, *valorizzati*.

In tal senso, qualora si volesse attribuire all'attività rigenerativa una valenza autonoma, sarebbe d'uopo attingere e prendere spunto, per verbi, aggettivi e terminologia varia, dalle quattro macro-tematiche (e discipline) maggiormente vicine e cioè ambiente, servizi alla persona, urbanistica-edilizia, cultura e paesaggio (in realtà, come si vedrà, anche il Codice dei contratti pubblici tratta incidentalmente della materia).

Altro riferimento fondamentale, anche se limitato all'ambito immobiliare (pubblico), sarebbe quindi quello dell'attività di valorizzazione di cui all'art. 1, comma 262, legge 296/2006 (programmi unitari di valorizzazione dei beni demaniali)¹⁵, sennonché, come è noto, tutto ciò che, nel nostro paese, è legato a razionali processi di pianificazione *top down*, è destinato ad avere poco seguito.

il Center for Animal Law Studies (Lewis and Clark Law School - https://law.lclark.edu/centers/animal_law_studies/) o, ancora, l'Animal Legal and Historical Center della Michigan State University fondato nel lontano 2002 (<https://msustatewide.msu.edu/Programs/Details/2477>). In Italia, si registrano solo ora i primi master universitari relativi al Diritto e benessere degli animali (Università Bicocca).

¹⁴ Circa i concetti di degrado, di recupero ed altro, è sempre utile rammentare l'impianto (razionalista, pianificatorio) della legge 457/1978 che, nell'art. 27 ("Individuazione delle zone di recupero del patrimonio edilizio esistente"), prevede una sorta di zonizzazione delle aree degradate e quindi da risanare e nell'art.28 detta norme sui piani (di recupero, appunto). La legge è interessante perché introduce anche strumenti autoritativi. Si prevede infatti (art. 28) che «I comuni, sempre previa diffida, possono provvedere all'esecuzione delle opere previste dal piano di recupero, anche mediante occupazione temporanea, con diritto di rivalsa, nei confronti dei proprietari, delle spese sostenute». Rileva ora come si sia passati dal concetto di degrado urbanistico, proprio della legge 457/1978, a quello di degrado territoriale R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit.

¹⁵ Sull'argomento si veda A. Serra, *Il coinvolgimento di beni culturali nel progetto di recupero degli immobili non più utilizzati dalla Difesa: profili giuridici*, in *Aedon*, 2007, 2, ove si esamina in particolare la promozione di programmi unitari di valorizzazione aventi ad oggetto i beni ex-militari.

Quest'ultima nozione (la valorizzazione) ci rimanda ad una ultima distinzione e cioè a ciò che: - in astratto, potrebbe essere, per far spazio al nuovo, demolito e cancellato (la logica del piccone risanatore); - non può invece che essere (per motivi culturali e sociali e per l'emergere di una nuova sensibilità urbanistica) curato, restaurato e quindi, seppur in diversi modi, promosso.

In conclusione: classificazioni e intrecci, riferibili al *quid*, potrebbero continuare, specialmente con riferimento ai contenuti specifici delle iniziative e alla qualità intrinseca dei beni (per esempio discorrendo di cosa sia una zona *derelicta* piuttosto che una area degradata o insicura, di che cosa possa intendersi per decoro, per sicurezza...¹⁶), ma tutto questo ci porterebbe lontano, al di fuori dei perimetri formali del discorso giuridico e quindi verrà tralasciato, fermo restando che, come già accennato, il dare aggettivi e nomi alle cose non è comunque mai un'attività neutra, inutile o scevra da responsabilità. Si tratta infatti pur sempre, per ripetere un esempio già effettuato, di decidere chi possa rientrare o meno nei perimetri di un bando volto ad attribuire ingenti finanziamenti per interventi di rigenerazione.

3. *I soggetti*

L'individuazione dei soggetti che potrebbero rendersi protagonisti dei processi rigenerativi è relativamente e apparentemente più semplice, posto che, in astratto, basterebbe menzionare il termine *tutti* e, in concreto, sarebbe sufficiente adeguarsi alle previsioni dei bandi di interesse.

Se insomma il perimetro dell'oggetto è spesso (per vari e legittimi motivi) indeterminato, quello dei soggetti sembrerebbe invece più facilmente determinabile.

In realtà, volendo andare al fondo della questione, anche la delimitazione dei soggetti potrebbe assumere connotati problematici. Occorre insomma, ancora una volta, effettuare delle distinzioni concettuali.

In altre parole. Se e nella misura in cui l'attività rigenerativa dovesse essere considerata ascrivibile ai diritti-doveri di cui – per esempio – all'art. 2 della Costi-

Cfr. altresì, in generale, A. Police (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008. Per quanto riguarda, invece, la valorizzazione di beni e spazi urbani, si rimanda da ultimo a G. Torelli, *Le ultime frontiere del recupero e della valorizzazione del patrimonio urbano: gli usi temporanei*, in *Dir. Amm.* 2021, 2, 475 ss.

¹⁶ In materia di decoro e sicurezza molto hanno discusso (e a volte fatto, bene o male) i Sindaci (le note *querelle* sui poteri rivendicati dagli stessi anche mediante un uso disinvolto delle ordinanze sindacali). I concetti in questione sono poi, in modo più o meno enfatico, descritti e "normati" nei vari regolamenti comunali (a partire dai regolamenti urbanistici ed edilizi). Devono in ogni caso ricordarsi le norme statali vigenti contenute nel D.L. 14/2017, convertito in legge 48/2017, contenente *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*. Sull'argomento si veda P. Gonnella, *Le nuove norme sulla sicurezza urbana. Decoro versus Dignità*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, 1, 59 ss. Cfr. altresì A. Simonati, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 1, 31 ss.

tuzione, la stessa non potrebbe essere limitata o preclusa: anche i minori e gli stranieri potrebbero essere in astratto, pur se in diversi modi, coinvolti. In tale prospettiva leggi che limitassero la capacità e la legittimazione ad operare potrebbero essere considerate illegittime costituzionalmente (anche per la violazione dei principi di cui all'art. 3 Cost.). Lo stesso (illegittimità, derivata o meno, a seconda della natura del bando) dicasi per bandi estremamente – sul punto – selettivi che, alternativamente, escludessero determinati soggetti (per esempio le ditte *for profit*)¹⁷ o favorissero particolari categorie (per esempio gli operatori del territorio rispetto a chi fosse estraneo al circondario).

È questa la prospettiva di apertura indiscriminata adottata per esempio dai promotori dei regolamenti sui patti di collaborazione. I patti, infatti, possono essere stipulati, nella sostanza, davvero da *tutti* (individui, comitati spontanei, fondazioni, enti pubblici, enti del terzo settore, imprese *for profit*...).

Se invece l'attività in questione dovesse essere considerata come un servizio pubblico da esternalizzare, i relativi bandi, in quanto espressione del potere pubblico e pur sempre nei limiti della ragionevolezza e delle *discipline di settore*, potrebbero "operare" in modo selettivo già a partire della predefinizione dei soggetti da ammettere.

Quest'ultimo aspetto, e cioè la necessità di considerare, per quanto concerne la delimitazione dei soggetti, le discipline speciali, o sezionali che dir si voglia, è di estremo rilievo. Si pensi alle consistenti agevolazioni asseccate, per quanto riguarda le attività rigenerative, *solo* ai soggetti del terzo settore (ets), dall'art.71 del D.Lgs. 117/2017¹⁸.

Con questo si vuol dire che vi sono importanti codificazioni *settoriali*, quali ad esempio i codici del terzo settore, dei beni culturali, dei contratti, che, pur

¹⁷ La possibilità di escludere soggetti *altri* o meglio di riservare una selezione solo ad un particolare tipo di imprenditore è prevista, in linea generale, solo per le cooperative di tipo *b* (cfr. art. 112 del Codice dei contratti pubblici, anche per le gare di importo comunitario).

¹⁸ Tra le agevolazioni di cui all'articolo in esame si ricordano: - la compatibilità delle sedi degli enti del terzo settore e dei locali ove vengono svolte le relative attività istituzionali con tutte le destinazioni d'uso omogenee, a prescindere dalla destinazione urbanistica (comma 1); - la possibilità per gli enti pubblici di concedere in comodato beni mobili ed immobili agli enti del terzo settore per lo svolgimento delle attività istituzionali, con onere a carico di detti enti per quanto riguarda gli interventi di manutenzione ecc.; - la possibilità di dare in concessione, a canone agevolato, i beni culturali di proprietà degli enti pubblici ai fini della riqualificazione e riconversione dei medesimi tramite interventi di recupero, restauro, ristrutturazione a spese del concessionario. Per una disamina delle deroghe previste dalla norma in questione in relazione ai processi rigenerativi urbani ad opera del terzo settore, ci si permette di rinviare a P. Michiara, *Religione, urbanistica e terzo settore. Destinazioni d'uso in deroga, attività consentite e rigenerazione urbana nell'ermeneutica dell'art. 71 del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del terzo settore)*, *Munus*, 2022, 1, 205 ss. In generale, sulle destinazioni d'uso, cfr. S. Amorosino, *Le destinazioni d'uso e l'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 250 ss.; A. Rallo, *Attività edilizia e destinazione d'uso*, in M.A. Sandulli, M.R. Spasiano e P. Stella Richter (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Napoli, 2007; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 409 ss.

trattando a volte di attività ed oggetti simili (le attività di rigenerazione, riqualificazione e valorizzazione sono comuni ai tre codici), prevedono differenti capacità e “legittimazioni” (attive) in capo a diversi soggetti.

Il D.lgs 117 citato, come si è detto, rispolverando quel che in altre sedi è contestato e cioè la logica degli albi, limita infatti il tutto ai soggetti che siano iscritti in un determinato Registro¹⁹.

Il D.Lgs. 52/2016, negli art. 19 (sponsorizzazioni) e 20 (opere pubbliche a spese del privato), non pone invece limitazioni di sorta circa la natura giuridica dei soggetti promotori. Per le concessioni e il partenariato si riferisce alle nozioni larghe di operatori economici di cui alle direttive comunitarie di ultima generazione. Nell’art. 189 (interventi di sussidiarietà orizzontale) si valorizzano quindi rispettivamente i cittadini residenti (comma 1) e i cittadini organizzati (comma 2). Altra e diversa disposizione è contenuta nell’art. 190 (il famoso baratto amministrativo) dove si menzionano i cittadini singoli o associati individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale²⁰.

Il D.Lgs. 42/2004, nell’art .6 (valorizzazione) nomina, a sua volta, i soggetti privati singoli o associati e, nell’art. 112, comma 5, “appositi soggetti giuridici” che potrebbero essere costituiti con il concorso tanto di enti pubblici quanto di privati. A tali particolari soggetti “possono partecipare privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, nonché persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l’intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto”. In tale contesto dimensione proprietaria e mera vocazione rigenerativa (purché senza scopo di lucro) dovrebbero convivere in armonia.

Ebbene, considerato altresì che, come è noto, anche le regioni, pur non essendo di per sé titolate ad intervenire sulle fonti del diritto privato-commerciale, tendono comunque anch’esse ad esercitare la propria creatività evocando o inventando figure soggettive operanti negli ambiti di riferimento della rigenerazione (si pensi alle cooperative di comunità), ne consegue come effettivamente la disamina degli aspetti soggettivi non sia poi così semplice.

Ciò, a ben vedere, anche in considerazione della circostanza che, almeno in alcuni settori, vi può essere una sorta di ricercata (in quanto positiva) con-fusione

¹⁹ È infatti richiesta agli enti del terzo settore, obbligatoriamente per essere classificati tali, l’iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo settore (Runst). Per una disamina di tale “strumento” cfr. P. Consorti, L. Gori, E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2021, 91 ss. Ci si permette altresì di rinviare a P. Michiara, *L’ordinamento giuridico del Terzo settore. Profili pubblicistici*, in *Munus*, 2019, 2, 472 ss.

²⁰ Il baratto amministrativo è approfondito da R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni la rigenerazione urbana*, cit., 61 ss.

tra soggetto ed oggetto. Se cioè nell'ambito di iniziative a forte impatto economico-costruttivo, quale ad esempio il restauro e la ristrutturazione di un bene immobiliare culturale di grandi dimensioni, può essere indifferente la natura del soggetto privato che finanzia e realizza il tutto (si tratta pur sempre di un rapporto attivo, tanto per la p.a. quanto per la collettività), quando si tratti invece di attività ad alto contenuto sociale e di un contratto passivo (spesa di denaro pubblico), è possibile che l'efficienza e l'efficacia dell'iniziativa dipendano proprio dalle particolari caratteristiche (e dalla natura funzionalizzata) del soggetto proponente ed attuatore²¹.

Finanziare una piccola cooperativa sociale o una fondazione, nata in un quartiere disagiato ad opera del volontariato di prossimità ed avente come oggetto (e funzione) appunto la rigenerazione urbana e sociale di detta specifica zona, costituisce insomma, già di per sé, un buon inizio, quasi un risultato²². Di norma si finanziano infatti rinomate cooperative "esterne" proprio affinché le stesse semplicemente travasino stimoli e competenze necessari per trasformare gli assistiti autoctoni in attori economici promotori del benessere locale. In tale contesto la creazione di un particolare oggetto-soggetto, per esempio un negozio di vicinato gestito da una cooperativa di tipo *b*, può costituire insomma l'obiettivo della finanziata (ed affidata a terzi) attività di recupero di un rione abbandonato.

In estrema sintesi. In astratto, e tralasciando in questa sede la tematica dei rapporti dialettici – per quanto concerne il governo del territorio – tra Stato, regioni ed enti locali, si rammenta che ogni soggetto potrebbe farsi promotore, finanziatore, attuatore di iniziative di rigenerazione.

Enti pubblici, locali o meno, privati, singoli o associati, proprietari o meri cittadini attivi privi di beni, soggetti *profit* (si pensi al nuovo campo della responsabilità sociale d'impresa) ed enti *no profit* (registrati o meno in albi) hanno insomma, estremizzando, tutti indifferentemente il potere-dovere di svolgere attività rigenerativa dei più diversi generi. Ciò a condizione che, come è oggi d'uso dire, non si creino danni di sorta all'ambiente (*Do No Significant Harm*)²³.

²¹ Sulla funzionalizzazione dei soggetti che compongono il terzo settore si rinvia a P. Michiara, *Il terzo settore come munus*, in *Munus*, 2013, 3, 549 ss. Cfr. altresì, più in generale, L. Gori, *Terzo Settore e Costituzione*, Torino, 2022 e A. Santuari, *Manuale di diritto dell'economia degli enti non profit*, Bologna, 2020.

²² Un bell'esempio in tal senso è costituito dall'iniziativa dell'impresa sociale Dalla Parte dei Bambini di Napoli che ha costituito la Fondazione Quartieri Spagnoli onlus FOCUS per la realizzazione del progetto di rigenerazione urbana avente ad oggetto l'ex Istituto Montecalvario presso i Quartieri Spagnoli. Cfr. <https://www.foqusnapoli.it/>.

²³ In base al principio *Do No Significant Harm* (DNSH) gli interventi previsti dai PNRR (Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza) nazionali non devono arrecare alcun danno significativo all'ambiente. Il rispetto di tale principio, da dimostrare a cura degli Stati membri, è fondamentale e necessario per accedere ai relativi fondi. Per una lettura complessiva del PNRR cfr. M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 1 ss. Per una disamina dei problemi inerenti al Piano si rimanda a L. Fiorentino, *Il Piano di ripresa. Un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2021, 6, 689 ss.

In concreto occorrerebbe comunque ed invece, in base al diritto positivo da una parte e a ragioni di opportunità e convenienza dall'altra (non tutti hanno le medesime funzioni e capacità), distinguere e selezionare, di volta in volta, esercitando una prudente discrezionalità, i vari soggetti. Il fatto che sia possibile, per esempio, emanare bandi riservati per le cooperative di tipo *b* (soggetto per definizione e struttura intrinseca vocato alla rigenerazione di cose e persone), non significa insomma che ogni attività debba essere sempre e comunque affidata in modo riservato alle cooperative di tipo *b*²⁴.

4. *Gli spazi e i tempi. Dai "luoghi terzi" al "terzo paesaggio"*

È opportuno ora esaminare, mettendo in relazione le coordinate spazio-temporali ed i rispettivi limiti e confini, in quali luoghi (*ubi*) e con quali prospettive di durata (il *quando*, gli inizi, la fine...) possano essere intrapresi i processi di rigenerazione²⁵.

Tenendo presente la pluralità di leggi, norme di vario genere, bandi e prassi, è possibile effettuare una prima macro-distinzione tra ciò che sia *urbanizzato* e ciò che non lo sia.

Questo non significa che i luoghi non urbanizzati debbano sfuggire all'intervento rigenerativo, ma solo che l'attività, in tale contesto, sarebbe riferibile al diverso ambito della rinaturazione o rinaturalizzazione che dir si voglia²⁶, quin-

Sul principio DNSH in particolare, invece, cfr. A.S. Bruno, *Il PNRR e il principio del Do Not Significant Harm (DNSH) davanti alle sfide territoriali*, in *Federalismi.it*, 2022, 8.

²⁴ Come già accennato, ai sensi dell'articolo 112 D.Lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti possono ora riservare il diritto alla partecipazione alle procedure di appalto e a quelle per le concessioni, anche sopra soglia, ad operatori economici, cooperative sociali o loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione professionale e sociale delle persone con disabilità o svantaggiate, quando *almeno* il 30 per cento dei lavoratori sia composto da soggetti con disabilità o svantaggiati. Sull'argomento e sui riflessi che tale privilegio può determinare nell'ambito del diritto della concorrenza, cfr. P. Michiara, *Le attività altruistiche ad alta intensità di manodopera e i "regimi particolari" nel D.Lgs. 50/2016* in C. Marzuoli, S. Torricelli (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, 236 ss.

²⁵ Sempre molto attuali, in relazione al discorso sulla "territorialità" (positiva e negativa) e sui confini, sono le considerazioni di M. Cammelli, *Introduzione*, in M. Cammelli (a cura di) *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 9 ss., ora in C. Barbati, M. Dugato, G. Piperata (a cura di), *Amministrazione pubbliche e nuovi mondi*, Bologna, 2019, 493 ss.

²⁶ Rinaturazione e rinaturalizzazione sono concetti non ancora sviluppati ed approfonditi sotto il profilo giuridico. Si segnala che la Commissione Europea si era impegnata a pubblicare una proposta in materia di rinaturazione (cd. *Nature Restoration Law*). Tale proposta avrebbe dovuto essere pubblicata entro marzo 2022 ma il conflitto in Ucraina ha fatto sì che la promulgazione di tale normativa sia stata rinviata a data da destinarsi. Nell'ambito dell'ingegneria naturalistica, ed in particolare della riqualificazione fluviale, si precisa che per *rinaturazione* si intende l'insieme di interventi e azioni diretti a ripristinare le caratteristiche ambientali e la funzionalità ecologica di un ecosistema in relazione alle sue condizioni potenziali, determinate dalla sua ubicazione geografica, dal clima, dalle caratteristiche geologiche e geomorfologiche del sito e dalla sua storia naturale pregressa; insomma, un ritorno allo stato originario precedente l'intervento umano. Mentre la *rinaturalizzazione*

di alla disciplina (essenzialmente) dell'ambiente e del paesaggio. Tutto ciò che avvenga al di fuori degli ambiti – più o meno densamente – popolati, quindi nei beni naturalistici (monti, boschi e foreste, fiumi e laghi...)²⁷, non dovrebbe pertanto essere ascritto alla materia in esame.

È invece riferibile alla (comune) nozione rigenerativa ciò che rientri nei *centri, abitati*, di borghi e città, piccole o grandi, storiche meno, situati in aree *interne*²⁸ o, viceversa, di pianura.

Il primo limite interno è quindi costituito, in termini giuridici e ragionando in una prospettiva *orizzontale* (cartografica), dalla nozione di centro abitato ricavabile, in linea generale, dal Codice della Strada²⁹ e, in particolare, dai vari strumenti di pianificazione e di regolamentazione urbanistico-edilizia locale.

Il secondo e vero confine, quel che divide realmente il mondo dell'uomo moderno da quello dove domina la natura (anche se governata, ancora una volta, dall'uomo³⁰), è costituito invece dal limite del territorio urbanizzato, da quel limite cioè che, di norma, sono le stesse comunità locali a delineare³¹.

è rappresentata da interventi limitati ad una ricostruzione fisionomica naturale, senza l'intenzione di ripristino dell' *habitat* naturale. Si rimanda, in tal senso, agli studi dell'ENEA, in particolare M. Bucci, A. Novegno, *Rinaturazione ed ingegneria naturalistica*, in *Energia, Ambiente, Innovazione*, 2004, 3, 56 ss., e del CIRF, Centro Italiano per la Qualificazione Ambientale (<https://www.cirf.org/it/home/>). Per un esempio di rinaturazione, si cita il progetto di "Rinaturazione dell'area del Po", inserito nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, presentato da Ministero della Transizione Ecologica, regioni interessate (Piemonte, Lombardia, Veneto, Emilia Romagna), A.I.Po (Agenzia Interregionale per il Po) e Autorità di Bacino distrettuale del Fiume Po.

²⁷ La materia dei beni naturalistici è ora assai meno frequentata rispetto a quella della rigenerazione urbana. Ci si può riferire, per una disamina dell'argomento con riferimento ad una particolare categoria di beni naturalistici, ad A. Crosetti, *Le valenze culturali dei beni forestali nei più recenti riconoscimenti normativi*, in *Aedon*, 2020, 1. Cfr. altresì N. Carrara, R. Marcucci, P. Nicolosi, *La dimensione giuridica dei beni naturalistici: un patrimonio ancora misconosciuto*, in *Museologia Scientifica*, 2019, 20, 20 ss.

²⁸ Il tema delle aree interne è divenuto di grande rilievo nel momento in cui, al di là delle definizioni giuridiche, si è iniziato a finanziare il recupero e la valorizzazione delle stesse. Si veda la cd. Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI), vale a dire una specifica politica nazionale di sviluppo e coesione territoriale volta a contrastare la marginalizzazione ed i fenomeni di declino demografico propri delle aree interne del nostro Paese. Per un approfondimento, cfr. il link: <https://www.agenziacoesione.gov.it/strategia-nazionale-aree-interne/>. In dottrina, si veda A. Sau, *La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne*, in *Federalismi.it*, 2018, 3.

²⁹ Il Codice della strada di cui al D.Lgs. 285/1992 definisce centro abitato l'«insieme di edifici, delimitato lungo le vie di accesso dagli appositi segnali di inizio e fine. Per insieme di edifici si intende un raggruppamento continuo, ancorché intervallato da strade, piazze, giardini o simili, costituito da non meno di venticinque fabbricati e da aree di uso pubblico con accessi veicolari o pedonali sulla strada.» La delimitazione dei centri abitati spetta ai comuni ai sensi del successivo art. 4 del Codice della strada.

³⁰ Sul rapporto uomo-natura, ma anche in relazione al rinnovato interesse per animali e ambiente in base alla recente riforma costituzionale, si veda la ricostruzione critica, con suggestive e acute premesse filosofiche, di P.L. Portaluri, *Lichtung und lichtmenschen. Diritto del selvaggio totalmente altro*, in *Nuove Autonomie*, 2022, 2, 695 ss.

³¹ La nozione e la delimitazione del territorio urbanizzato si rinvencono nelle varie leggi regionali in materia di urbanistica. Ad esempio, per quanto riguarda l'Emilia-Romagna, l'art. 32 della L.R. 24/2017 prevede che il perimetro del territorio urbanizzato sia individuato nel P.U.G. e comprenda: «a) le aree edificate con continuità a prevalente destinazione residenziale, produttiva, commerciale, direzionale e di servizio, turistico ricettiva, le dotazioni territoriali, le infrastrutture, le attrezzature e i servizi pubblici comunque denominati, i parchi

Hanno invece una valenza più qualitativa che spaziale le nozioni di centro (storico³²) e periferia³³ (nella vulgata, in quanto tale, sempre da risanare). Del resto a volte il luogo definito giuridicamente come storico non è al centro del territorio urbanizzato, e quindi la periferia non è propriamente ai margini.

Le nozioni e le relative delimitazioni afferiscono del resto, più che ad una geografia giuridica immodificabile, a soggettive valutazioni su come il *tempo* abbia agito sui beni (arricchendoli di preziosi inserti o viceversa, colmandoli di stravolgenti superfetazioni) e alla vivibilità (o, viceversa, alla desolazione) di determinate aree. Il centro storico, ad esempio, potrebbe essere – come purtroppo sempre più spesso avviene – degradato, abbandonato, quindi da rigenerare, mentre le periferie potrebbero essere, anche in quanto nuove, non necessitanti di costosi interventi di rigenerazione e, in tale prospettiva, potrebbero diventare spontaneamente il nuovo centro (da considerarsi storico con il trascorrere degli anni).

I luoghi della rigenerazione sono quindi quelli che, al di là della destinazione giuridico-formale dei beni e delle aree (agricola, residenziale, produttiva...), della loro utilizzazione *sostanziale* e della precisa localizzazione degli stessi (centro o periferia, purché nei limiti del territorio urbanizzato), siano stati *nel tempo* trascurati o, addirittura, abbandonati.

urbani nonché i lotti e gli spazi inedificati dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti; b) le aree per le quali siano stati rilasciati o presentati titoli abilitativi edilizi per nuove costruzioni o siano state stipulate convenzioni urbanistiche attuative; c) i singoli lotti di completamento individuati dal piano vigente alla data di entrata in vigore della presente legge e collocati all'interno delle aree edificate con continuità o contenerni alle stesse; d) i lotti residui non edificati, dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti in quanto facenti parte di un piano urbanistico attuativo, comunque denominato, attuato o in corso di completamento». Per meglio chiarire, l'articolo in esame precisa poi che non costituiscono territorio urbanizzato le aree rurali, l'edificato sparso e continuo collocato lungo la viabilità ed altro. Il successivo art. 33 della medesima legge regionale detta quindi una serie di prescrizioni riguardanti la disciplina particolare del territorio urbanizzato.

³² L'art. 136, lett. c), D.Lgs. 42/2004 dispone, come noto, che sono oggetto di tutela, quali beni paesaggistici, in considerazione del loro notevole interesse pubblico, «i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici». Sulla definizione di centro storico, o meglio sulle difficoltà nell'elaborazione di un concetto individuatore, in particolare nell'ambito dell'urbanistica, cfr. C. Videtta, *I "centri storici" nella riforma del Codice dei Beni Culturali*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 1, 47 ss.; A. Angiuli, *La genesi urbanistica del centro storico: dalla "Carta di Gubbio" alle nuove problematiche del risanamento*, in *Aedon*, 2014, S. Fantini, *Il centro storico come bene paesaggistico a valenza culturale*, in *Aedon*, 2015, 2. Si rimanda altresì a P. Carpentieri, *Valore culturale dei centri storici vs. concorrenza mercato*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 2, 425 ss.

³³ Sull'argomento cfr. la compiuta disamina di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020 e ivi, in particolare, F. Fracchia, *Periferie e sostenibilità ambientale*, 267 ss.; cfr. altresì M. Mazzamuto, *Esiste una nozione giuridica di periferia?*, in *Nuove Autonomie*, 2016, 5 ss. Sotto i profili costituzionali, si veda E. Olivito, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, 1. Per un approccio teorico complessivo e sociologico, interessanti sono gli spunti di M. Ilardi, *Le due periferie. Il territorio e l'immaginario*, Roma, 2022. In relazione alle periferie non urbanizzate, si veda M. Brocca, *Relazioni tra città e campagna: la periferia non urbanizzata e la questione delle zone agricole*, in *Riv. giur. amb. dir.*, 2020, 4. Circa i fallimenti dell'urbanistica per quanto riguarda le periferie urbane, cfr. E. Boscolo, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1, 54 ss.

In tale prospettiva il tempo, per assumere una valenza giuridicamente significativa, dovrebbe essere messo in relazione con altri elementi di tipo quantitativo, quali il numero e le dimensioni degli interventi effettuati su di un dato territorio. Un luogo, per candidarsi ad ottenere, con la qualifica di abbandonato/degradato, gli ingenti finanziamenti che si spera possano arrivare con il PNRR, dovrebbe insomma dimostrare di aver potuto godere (solo) di sporadici e economicamente ininfluenti interventi, di essere stato cioè trascurato da *tanto* tempo.

La durata, la continuità, la sporadicità o meno e l'intensità degli interventi, unitamente ad altri indici (invece) qualitativi, dovrebbero insomma contribuire a definire che cosa sia un luogo abbandonato, quindi, da rigenerare.

Quest'ultima considerazione, e cioè quella dei luoghi, potremmo dire, carenziali, dell'assenza o della latenza, ci fornisce l'occasione per arricchire l'analisi mediante l'accenno a un'ulteriore prospettiva e cioè a quella *verticale* (e dei relativi limiti).

Se cioè, fino a questo momento, abbiamo ragionato in termini di orizzontalità dei luoghi (dal centro alla periferia), occorre evidenziare come, essendoci tutti convinti dell'insostenibilità di uno sviluppo in superficie, non si possa trascurare l'importanza del recupero, della rigenerazione e della valorizzazione – a vari fini – di tutto ciò che sia nel sottosuolo o, più semplicemente, al di sotto del piano di campagna.

A prescindere cioè dalla verticalità, tradizionalmente intesa, verso l'alto, per esempio dei grattacieli (il mito delle città dense e compatte, che sale *usque ad sidera*, la cui sostenibilità è, nel nostro paese, ancora tutta da verificare), si allude cioè al fatto che vi è un enorme patrimonio sotterraneo ancora tutto da scoprire, quindi da conservare e valorizzare a fini rigenerativi. Non vi è, infatti, centro urbano che non possa vantare beni – non solo archeologici – da recuperare in tal senso. Dagli antichi acquedotti o ponti sommersi, ai vecchi bagni o alberghi diurni, alle gallerie, vi sono insomma svariate occasioni nelle quali, non solo a fini turistici-culturali, si potrebbe esercitare, se adeguatamente sostenuta, la capacità innovativa dei *place-makers*³⁴.

Sennonché, mentre per lo spazio sovrastante, areo, da occupare e/o rigenerare, le norme, i limiti e i vincoli (anche di tipo meramente economico) e il dibattito paiono essere sufficienti o comunque esistenti, per quanto concerne invece la città sotterranea sembra che, a fronte di molti evidenti problemi (di tipo ambientale, archeologico...), gli studi giuridici siano ancora scarni³⁵.

³⁴ Ha sviluppato in modo originale e accattivante il tema Elena Granata, *Placemaker. Gli inventori dei luoghi che abiteremo*, Torino, 2021. L'approccio tecnico dell'urbanista si pone in questo caso *a servizio* (in modo critico e non velleitario) dei costruttori dei "buoni" luoghi.

³⁵ Gli studi sono stati sviluppati in quegli ordinamenti ove le città sotterranee (ad esempio Montréal o Helsinki) sono realtà.

A questo punto, non volendo entrare nell'intrinseco dei predetti peraltro suggestivi problemi, non resta che effettuare alcune brevi considerazioni di chiusura del paragrafo.

Si può senz'altro affermare come spazi e tempi della rigenerazione siano estremamente connessi, non essendoci un luogo che, in assoluto, per definizione e a prescindere dal tempo (della cura) che allo stesso sia stato o meno dedicato, possa considerarsi abbandonato.

Ciò non toglie che, ragionando anche in termini deontici, se poco tempo venisse speso per un determinato luogo, lo stesso, per non aggravare la posizione del debitore (lo stato finanziatore), dovrebbe comunque cooperare o almeno reclamare. Diversamente argomentando si incentiverebbero veri e propri fenomeni di *moral hazard*, verrebbero cioè favoriti i territori irresponsabili, a danno di quelli in grado di sostenere il peso della sussidiarietà.

La connessione è altresì evidente anche in relazione agli altri elementi sino a questo momento esaminati ed è plasticamente rappresentabile utilizzando la nozione di *tiers lieux* (ancor prima denominati *third places*)³⁶, dove oggetti e soggetti, spazi e tempi, si densificano sino a compenetrarsi, confondendosi. In questi luoghi, solitamente vecchie industrie urbane abbandonate³⁷ e quindi riadattate: - non vi sono distinzioni nette tra i tempi dell'ozio e quelli del negozio (*smart working*), tra soggetti *profit* e *no profit*, tra pubblico e privato, tra spazi verdi e di sva-

Si rimanda, nel nostro ordinamento, all'impianto tradizionale (ed ormai del tutto teorico) dell'art. 840 c.c. ai sensi del quale «La proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivanti dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle acque, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle».

³⁶ Il concetto di *third place* è stato introdotto negli anni Ottanta dal sociologo R. Oldenburg, *The great good place. Cafes, coffee shops, bookstores, bars, hair salons, and other hangouts at the heart of a community*, New York, 1989. In aggiunta alla casa (First Place) e all'ufficio (Second Place) vi sarebbe un *tertium genus*, rappresentato dai luoghi accoglienti in cui i cittadini passano il loro tempo a lavorare, incontrarsi, riunirsi etc. L'argomento è stato poi ripreso parlando dei cd. *tiers lieux*, definiti come «espaces de rencontre favorisant les échanges, la socialisation, la communication et les actions ou interactions réciproques susceptibles de faire émerger une communauté». Sull'argomento, cfr. G. Krauss, D.G. Tremblay, *Tiers-lieux. Travailler et entreprendre sur les territoires: espaces de coworkings, fablabs, hacklabs...*, Presses universitaires de Rennes et Presses universitaire du Québec, 2019, ove si esaminano in particolare, quali tiers-lieux, gli spazi per il co-working. *Sui tiers-lieux* si rimanda altresì alla definizione data dal Ministero della coesione territoriale francese (<https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/tiers-lieux>), secondo il quale: « Pour pallier l'isolement et dynamiser leur territoire, des citoyens créent depuis des années des tiers lieux afin de développer le « faire ensemble » et retisser des liens. Ces lieux sont des acteurs centraux de la vie de leurs territoires. Leurs activités, bien plus larges que le coworking, contribuent au développement économique et à l'activation des ressources locales ».

³⁷ Per una disamina del tema, affrontato anche dalla giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Milano, 21 febbraio 2021, n. 371), cfr., fra gli altri, P. Urbani, *Il recupero dei beni immobili dismessi tra premialità e consumo di suolo. Il caso del p.g.t. di Milano e la legislazione lombarda in materia di rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 2, 248 ss.

go e uffici, tra sacro e profano; - gli scambi sono sì commerciali ma anche relazionali e solidali (commercio equo e solidale); - tutto può essere condiviso (*sharing economy* e *coworking*); - le destinazioni, le attività e gli usi sono plurimi, cangianti, sovrapposti (da un'attività formativa e sociale di un *fab lab* possono nascere *start up*); - persone, spazi e tempi dovrebbero essere vocati all'inclusione, alla circolarità, alla promozione della diversità e quindi dell'innovazione sociale; - la digitalizzazione annulla lo spazio-tempo (si è connessi in tempo reale con tutto il mondo) .

In pratica, nei medesimi ristretti spazi tutti potrebbero svolgere attività, dei generi più diversi, rilevanti economicamente o meno, in simultanea: una sorta di buco nero nel quale appunto ogni cosa si addensa.

Si tratta di prassi rigenerative, il più delle volte lodevoli (in termini di amministrazione di risultato) e assai frequenti più nelle grandi città che nei piccoli centri, estremamente difficoltose non solo per lo studioso di diritto amministrativo che fosse affezionato alle tradizionali nozioni di zone omogenee, destinazioni d'uso, standard urbanistici, ma anche per il giurista *tout court*, che, abituato ad ordinare la realtà secondo parametri predefiniti e statici, non riuscisse a isolare e fermare con un'istantanea il (dinamico e complesso) caso da inquadrare giuridicamente.

È interessante constatare come la predetta nozione sia, pur se assonante, opponibile – in quanto *in parte* “uguale e contraria” – a quella di terzo paesaggio³⁸.

Quest'ultimo, ad esempio il terreno in attesa di una destinazione o in attesa dell'esecuzione di progetti sospesi per ragioni finanziarie o per mancanza di decisioni politico-amministrative, è infatti ciò che: - resta senza voce; - appare come privo di vita e di dinamiche destinazioni; - non si preoccupa del tempo che scorre invano, accettando la dispersione; - non conosce concentrazione di attività, scopi, interventi, soggetti; - lascia che tutto capiti, essendo indifferente non solo alla pianificazione ma anche ai concetti di progettualità (urbanistica o sociale che dir si voglia), economicità, efficienza, efficacia, decoro, ricucitura (delle periferie). Sono gli spazi che non vorrebbero essere normati, rigenerati e valorizzati, dove la natura agisce in modo libero e disordinato, senza produrre utilità: il verde urbano abbandonato³⁹, in tale contesto, potrebbe essere un buon esempio di

³⁸ Si tratta di quei luoghi semplicemente “abbandonati dall'uomo”. Così G. Clément, *Manifesto del terzo paesaggio*, Macerata, 2016, 19. Secondo l'Autore «l'uso non istituzionale del terzo paesaggio è da annoverare tra gli usi più antichi dello spazio» (in particolare p. 56). Detto uso, in quanto non compreso in rigidi schemi giuridici predeterminati, favorirebbe l'innovazione.

³⁹ Le città ritorneranno ad essere vivibili quando il verde, ordinato o abbandonato a sé stesso (nel senso di spontaneo), prenderà il sopravvento, direbbe S. Mancuso, *Botanica. Viaggio nell'universo vegetale*, Sansepolcro, 2021. Sarebbe in realtà sufficiente che venisse presa sul serio la *legge sul verde pubblico* n. 10/2013 (Norme per lo sviluppo degli spazi verdi urbani) che prevede la promozione, da parte di regioni, province e comuni, dell'incremento degli spazi verdi urbani, comprese «cinture verdi» intorno alle conurbazioni per delimitare gli spazi urbani. Non solo. La medesima legge individua la possibilità, per i comuni, di prevedere strumenti ed interventi per la conservazione ed il ripristino del paesaggio rurale e forestale non urbanizzato di competenza delle amministrazioni comunali. Si tratta di ottimi *desiderata*.

terzo paesaggio. Sono quindi davvero il contrario della rigenerazione o una sua ribelle declinazione?

Ebbene, saranno i bandi o le sempre da più parti auspiccate nuove norme in materia di rigenerazione a stabilire cosa finanziarie o, anche più semplicemente, tollerare, rendendo in tal modo più facilmente agevole per il giurista il compito di sistemazione (postuma) della materia. In un'ottica di circolarità, le sistemazioni aiuteranno (a loro volta) a creare nuovi bandi, a risolvere problemi, a prevenire o ad accompagnare il contenzioso.

5. *Le ragioni e i “nemici” della rigenerazione. Circa la necessaria ponderazione delle posizioni soggettive e degli interessi confliggenti*

Una volta elencati oggetti e soggetti, spazi e tempi, in una prospettiva, come detto, tendenzialmente statica e classificatoria (una sorta di visione ortogonale dell'esistente), è possibile discorrere brevemente del perché (*cur*) della rigenerazione e dei fini alla stessa attribuibili. Il tutto seguendo quindi una prospettiva che potremmo considerare dinamica e teleologica.

In questo caso il compito è, davvero, molto più semplice. È infatti sufficiente richiamarsi alle radici morali (kantiane) dell'Europa (non essendo state quelle cristiane ritenute come dicibili) per sincerarsi come tutto ciò che sia nobile e alto, dal cielo stellato alla legge morale, possa essere considerato come fine – ma anche mezzo – della rigenerazione.

Del resto, è il termine stesso che implica quanto di meglio ci si possa augurare e cioè non tanto e non solo, attraverso la resilienza e la resistenza, la ripresa, ma anche e soprattutto una continua ri-generazione dei territori (abitati). Il tutto a vantaggio delle generazioni future, di coloro cioè che, come disse un noto e saggio capo indiano operando un singolare ribaltamento temporale e di prospettiva, ci hanno concesso in prestito la terra⁴⁰.

In questo contesto, e considerato che non vi è negazionista di sorta che possa ora smentire il punto di non ritorno per quanto concerne lo sfruttamento del territorio e delle materie prime, alcuni imprescindibili principi quali la sostenibi-

⁴⁰ Ci si riferisce alla famosa frase del capo indiano Seattle «La Terra su cui viviamo non l'abbiamo ereditata dai nostri padri, l'abbiamo presa in prestito dai nostri figli» del 1854, estratta da un più ampio discorso in risposta alla richiesta del Presidente degli Stati Uniti di acquistare le terre sulle quali viveva la tribù dei nativi americani Duwamish.

lità, il divieto di consumo di suolo⁴¹ e il «non lasciare indietro nessuno»⁴² appaiono insomma essere non solo vincoli ma anche mezzi e fini. Il tutto è diffusamente esposto nell'Enciclica *Laudato Si'*⁴³ che, tralasciando posizioni ideologiche o suggestioni meramente «estetiche» (nelle quali talvolta indulgono i sostenitori delle rivoluzioni verdi), ha avuto il merito di fornire una base razionale (e, se così si può dire, costituzionale⁴⁴) in grado di spiegare come: - la devastazione dell'ambiente cagioni un danno diretto essenzialmente ai poveri⁴⁵; - il perché le istanze (e le clausole) ambientali debbano essere quindi un tutt'uno con le esigenze e le clausole sociali⁴⁶.

⁴¹ Il problema del consumo di suolo (verde o agricolo) è ormai un «mantra» ed è compiutamente affrontato (almeno) nella bibliografia menzionata nelle prime note del presente scritto. Il principio in base al quale occorre evitare ulteriori impermeabilizzazioni dei terreni costituisce anche la base delle leggi urbanistiche regionali di ultima generazione (cfr. ad esempio la L.R. Emilia-Romagna, n. 24/2017, artt. 5, 7 e 21). Sull'argomento si rinvia a E. Boscolo, *Leggi regionali di quarta generazione: struttura e contenuti*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione*, Milano, 2019, 22 ss. Sul punto, in modo peraltro critico e nell'ottica di valorizzare comunque l'importanza dei percorsi decisionali, è intervenuta anche la più recente giurisprudenza. Si rimanda a T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 marzo 2021 n. 241 secondo la quale la determinazione dell'amministrazione di vietare l'edificabilità di un'area è illegittima laddove basata genericamente sulla necessità di limitare il consumo di suolo senza un'adeguata analisi della situazione esistente ed una idonea istruttoria. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 29 giugno 2020 n. 445 ha rilevato invece come, pur a fronte di una normativa regionale che vieta il consumo di nuovo territorio, sia possibile ammettere la scelta dell'amministrazione di consentire nuovi insediamenti «a fronte di un'articolata soluzione pianificatoria che intende contemperare gli impatti edificatori con le esigenze ambientali». Per una disamina della giurisprudenza sopra citata cfr. F. Follieri, M. Ciraci (a cura di), *La rigenerazione urbana*, in *Urb. e App.*, 2022, 4, 572 ss. In dottrina, si veda A. Calegari, *Le leggi regionali sul consumo di suolo*, in P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione*, cit., 188 ss.

⁴² Il principio «*Leave no one behind*» è alla base dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite. Il principio è stato ribadito più volte anche dalla Presidente dell'Unione Europea Ursula Von Der Leyen (cfr. ad esempio il discorso sullo stato dell'Unione, 16 settembre 2020).

⁴³ Lettera enciclica *Laudato Si'* di Papa Francesco sulla cura della casa comune, pubblicata nel giugno 2015, avente ad oggetto l'ecologia integrale, la crisi ambientale della Terra e la crisi sociale dell'umanità.

⁴⁴ Non è forse un caso che la tutela dell'ambiente sia stata (esplicitamente) inserita nella nostra Costituzione a cura dell'art. 1, comma 1, l. cost. 1/2022, solo dopo l'emanazione dell'enciclica papale. Certo è che la tutela dell'ambiente, per essere compresa prima e promossa poi, richiede in un certo qual modo una sorta di supplemento d'anima, come lucidamente evidenziato da F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 15 ss. In generale, sul diritto dell'ambiente, e tenendo conto solo della recente manualistica, cfr. G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; A. Crosetti, R. Ferrara, C.E. Gallo, S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.

⁴⁵ Anche il diritto amministrativo, più incline a ragionare di tutto ciò che sia ordinamentale-formale, ha avuto il coraggio di affrontare un tema «scandaloso» come quello della povertà. Si veda la ricostruzione monografica operata da C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021. Lo studio della questione, con particolare riferimento al PNRR, è ora promosso da G. Orientale Caputo e G. Viesti che hanno lanciato una *call for papers* per un numero monografico della rivista *Autonomie Locali e Servizi Sociali* dal titolo *PNRR e disuguaglianze: potenzialità e valore di un piano di ricostruzione del paese*, di prossima pubblicazione.

⁴⁶ È del resto quanto esplicitamente previsto non solo dal diritto comunitario ma anche dalla legge delega in materia di contratti pubblici (n. 78/2022) ove si richiede la definizione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti e dei contratti di concessione nonché di inserire le clausole sociali. Chi scrive nutre però seri dubbi sul fatto che la materia idonea ad unire ambiente e sociale sia quella degli appalti (ma l'argomento ci porterebbe lontano). Sull'argomento si veda

Alla semplicità in questione fa però da *pendant* la difficoltà della effettiva e proficua declinazione dei principi e valori menzionati nei diversi casi concreti.

Soccorre ancora, in questo caso, sia per il legislatore che per l'amministrazione (il citato caso del banditore che debba ordinare fini e requisiti ammissivi, criteri di valutazione e aggiudicazione), quanto accennato in relazione alla necessità di ragionare sul come possa essere esercitata *al meglio* la discrezionalità.

È possibile quindi ragionare, in senso lato, di discrezionalità anche del legislatore, dal momento che lo stesso non è più libero, essendo i fini ed i mezzi sopracitati ormai scolpiti non solo nella Costituzione e nel diritto comunitario, ma anche nella sostanza delle cose. Sarebbe quindi illegittima costituzionalmente una legge che non soppesasse e bilanciasse, in modo ben temperato, i valori, le ragioni e i contenuti in questione.

La legge ed i bandi possono pertanto ora solo interpretare, facendo uso di tutte le possibili sfumature del caso e modulando luoghi e tempi, uno spartito che sembrerebbe dover essere il medesimo.

La differenziazione, essendo impossibile in questo caso ragionare di uniformità, è comunque rintracciabile esaminando *come*: - vengano posti in relazione e declinati mezzi e fini; - vengano ordinate e valorizzate le diverse posizioni soggettive e comparati i vari corrispondenti interessi; - si cerchi di armonizzare la dialettica degli opposti.

Se tutti, per esempio, sono d'accordo sul fatto che non debba, tendenzialmente, essere consumato suolo agricolo, ci si dividerà, oltre che sulle eccezioni e deroghe al principio, sul come ripartire costi e benefici del blocco delle aree disponibili per l'edificazione e in relazione appunto al *modo* di bilanciare le istanze contrapposte.

Risulta a questo punto opportuno rilevare quali possano essere, sempre ragionando in concreto, le ragioni e le legittime esigenze potenzialmente confliggenti. Gli esempi sarebbero infiniti. Ci si limiterà ad una mera, non ordinata, elencazione, liberamente tratta dalla lettura, fra l'altro, della legge sulla tutela e promozione dei piccoli borghi⁴⁷ e della legge dell'Emilia-Romagna sulla tutela e l'uso del territorio⁴⁸.

in generale e di recente la compiuta disamina effettuata da E.Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021.

⁴⁷ Ci si riferisce alla legge 158/2017 (Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni).

⁴⁸ Cfr. L.R. n. 24 del 21 dicembre 2017. Per una disamina di tale normativa si veda T. Bonetti, *La riforma urbanistica in Emilia-Romagna tra presente e futuro*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 3; G. Pagliari, *La legge regionale Emilia-Romagna 22 dicembre 2017, n. 24 tra vecchi e nuovi modelli pianificatori: una legge di transizione e per la transizione*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 248 ss. e, ivi, altresì, G.F. Cartei, E. Amante, *La disciplina della rigenerazione nella legge dell'Emilia-Romagna n. 24 del 2017*, 329 ss. e G. Farri, *Accordi operativi, procedimento unico e strumenti negoziali nella l. reg. Emilia Romagna n. 24 del 2017*, 433 ss.

In tale prospettiva le posizioni soggettive e i termini che potrebbero entrare in collisione sono: - le generazioni future contro chi deve sopravvivere *hic et nunc*; - i costi elevati del riciclo e delle ristrutturazioni contro i risparmi ottenibili attraverso le nuove e performanti costruzioni; - la precauzione e l'innovazione⁴⁹; - il piano nazionale di riqualificazione dei piccoli comuni contro la necessità di agire invece in modo più duttile e sussidiario (partendo da una pianificazione dal basso); - le deroghe e i progetti sperimentali da una parte, la legalità dall'altra; - la ricettività diffusa e condivisa di vario genere contro la rigidità e i costi degli standard di qualità imposti invece agli imprenditori alberghieri; - le filiere corte tutelate e i principi invece di specializzazione e di libera concorrenza; - l'acquisizione coattiva degli immobili contro la dinamica del libero mercato; - i mercati turistici protetti contro i (meri) mercati non sussidiati; - l'addensamento e il diritto alla visuale libera; - la sostituzione urbana-edilizia contro i diritti dei proprietari; - i mutamenti di destinazioni d'uso liberalizzati e la necessità della pianificazione; - gli usi temporanei contro legalità e pianificazione; - le deroghe alla distanze e il diritto alla privacy; - il negozio e la contrattazione urbanistica da una parte, la legalità e la programmazione dall'altra; - la partecipazione procedimentale diffusa che si scontra con la necessità di rapidamente trasformare e sostituire l'esistente.

Il tutto si arricchirebbe e si complicherebbe se si esaminassero, in tale prospettiva, il Codice del terzo settore (che, in quanto a deroghe a fini rigenerativi, contiene importanti e complesse disposizioni)⁵⁰, la legge sul decoro e la sicurezza urbana⁵¹ e, ovviamente, le varie leggi regionali relative ai settori esaminati. Ma l'argomento, anche in questo caso, ci porterebbe lontano.

Sia sufficiente in questa sede solo menzionare l'importanza e la gravosità del dover ordinare, soppesare e comporre posizioni, valori e interessi. Si tratta di scelte, se non tragiche, sicuramente difficili.

6. *Gli strumenti. Dall'autorità al consenso. La finanza di progetto a servizio della rigenerazione*

Il fatto di esserci soffermati sui fini e sui mezzi (in generale), ci fornisce ora la possibilità di accennare a quello che è un tema fondamentale e cioè a quello delle modalità concrete (*quibus auxiliis, quomodo*), delle procedure e quindi degli

⁴⁹ Circa il carattere innovativo delle azioni collettive urbane cfr. C. Iaione, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, cit., 18 ss.

⁵⁰ Si rimanda a quanto già evidenziato nella precedente nota n. 18.

⁵¹ Ci si riferisce al già ricordato D.L. 14/2017 (convertito in legge 48/2017) – cfr. nota 16.

strumenti – umani, materiali e immateriali – con i quali si dipana l’attività rigenerativa.

Si tratterebbe di ragionare degli atti, dei provvedimenti, dei contratti e anche, più in generale, delle risorse attraverso i quali poter ottenere i risultati in tal senso attesi. In pratica, considerato che, come visto, tutti possono essere coinvolti nell’attività in questione e difficilmente una materia o una disciplina potrebbero considerarsi escluse, ne deriverebbe la possibilità di ri-scrivere, alla luce della rigenerazione, un intero manuale di diritto amministrativo.

È pertanto opportuno, in questa limitata sede, provare ad effettuare un’opera di estrema sintesi.

In tale prospettiva, volendo effettuare una prima *summa divisio*, si evidenzia come il tutto potrebbe essere inizialmente ripartito tra strumenti autoritativi e strumenti, di vario genere, che non siano tali.

Volendo invece menzionare termini e nomi (estrapolabili dal comune linguaggio normativo riferibile ai principali mezzi effettivamente esistenti), si potrebbero elencare, senza seguire ordini particolari: programmi, piani⁵², ordini, divieti, prescrizioni, direttive, indirizzi, vincoli, incentivi e agevolazioni di vario tipo, sovvenzioni, deroghe, standard, liberalizzazioni (per esempio di usi), regolazione (sempre di usi)⁵³, beni (utilizzo di beni pubblici), autorizzazioni, concessioni, accordi e appalti, bandi, espropri (il “piccone risanatore”, appunto).

Ebbene, alla prudenza, saggezza e competenza di legislatori (europei, nazionali, regionali) e banditori, è e sarà affidato l’arduo compito di utilizzare e gestire gli strumenti di cui trattasi. Gli studiosi potranno quindi diffusamente analizzare: - *come* saranno adoperati e “miscelati”, nel tempo, detti mezzi; - il rapporto tra *input* e *output*, tra costi, benefici e risultati; - i modi di esercizio della discrezionalità anche alla luce della tradizionale dialettica tra autorità e libertà.

Quest’ultimo aspetto ci permette di rammentare, senza con questo voler diventare dei “queruli della partecipazione”, come in realtà anche gli strumenti autoritativi dovrebbero comunque tener conto della possibilità, offerta in genera-

⁵² Si rammenta come sussistano, sul punto (programmi e piani), un’infinità di norme generali e/o particolari. Rimandando a tale proposito alle opere monografiche citate, risulta comunque utile, a fini meramente espositivi, elencare i seguenti strumenti: piani di recupero (art. 27 ss., legge 457/1978, cfr. anche la nota n. 14 che precede), programma integrato di intervento (art. 16, legge 179/1992), programma di recupero urbano (art. 11 D.L. 398/1993, convertito in legge 493/1993), programma di riabilitazione urbana e programma di riqualificazione urbana e sviluppo sostenibile (rispettivamente art. 27, legge 166/2002 e D.M. 1169/1998). Per una disamina degli strumenti ora citati nonché di quelli individuati a livello regionale, cfr. F. Follieri – M. Ciraci (a cura di), *La rigenerazione urbana*, cit., 575 ss.

⁵³ La regolamentazione degli usi costituisce indubbiamente un campo privilegiato per esaminare il *modo* attraverso il quale si intenda sacrificare (o meno) il diritto dei proprietari e degli utilizzatori a favore di un presunto e più razionale ordine di impronta pubblicistica. Si tratta della tradizionale dialettica autorità libertà. Sull’argomento cfr. S. Villamena, *La liberalizzazione dei mutamenti d’uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 1/2, 117 ss.

le dall'art. 11 della legge 241/1990 (ma avversata da organi di controllo e repressivi di vario genere non inclini a valorizzare le negoziazioni)⁵⁴, di ricercare il consenso tanto nella fase endoprocedimentale quanto in quella conclusiva. Il consenso, nella maggior parte dei casi, può infatti contribuire ad ottenere esiti più efficienti rispetto a quanto possa essere assicurato da imposizioni destinate poi a sfociare in lunghi contenziosi.

Quanto sopra (il fatto di dover agire in modo con-corde) è stato del resto, in via generale e se così si può dire, diffusamente normato in due settori strategici per quanto concerne la rigenerazione e cioè il terzo settore e la cultura.

Il Codice del terzo settore prevede infatti quasi esclusivamente strumenti consensuali-partecipativi, a partire dalla co-programmazione, dall'accreditamento, per arrivare alla co-progettazione e alle (ritornate in auge) convenzioni⁵⁵.

Il Codice dei beni culturali ha quindi esaltato il principio del consenso nel momento in cui la tutela ha, volendo enfatizzare, perduto la sua centralità in favore della valorizzazione. Con lo sviluppo di quest'ultima funzione/servizio si è infatti registrata una rapida dilatazione del momento consensuale attestata dalla frequenza con la quale nel Codice ci si appella, tanto per la tutela quanto per la valorizzazione, al momento consensuale (accordi e intese). È sufficiente a tal proposito rammentare gli artt. 5, 9, 17, 18, 24, 29, 37, 38, 40, 60, 67, 76, 82, 86, 102, 103, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 119, 121, 125, 143, 146, 147, 148, 156. E che dire di tutti gli articoli (si pensi al 111) dove, non essendo citati espressamente gli accordi, si utilizzano verbi quali «concorrere, cooperare, partecipare»? Questo significa appunto come il normale modo di procedere, nell'ambito della materia di cui trattasi (beni culturali), sia costituito, almeno e sicuramente in relazione ai momenti organizzativi, da intese e accordi. Anche la programmazione deve avvenire, di norma, su base consensuale⁵⁶.

⁵⁴ Come noto, le Procure (della Repubblica e Procura presso la Corte dei Conti) sono inclini ad adottare una visione statica ed unilaterale del rapporto pubblico-privato, tendono cioè ancora a vedere l'urbanistica come una pratica autoritativa e ogni negoziazione, in quanto paritaria e quindi potenzialmente violativa del primato dell'interesse pubblico, rischia di essere relegata nell'ambito degli abusi.

⁵⁵ Co-progettazione, co-programmazione e accreditamento sono espressamente previsti, quali strumenti per il coinvolgimento degli ETS, dall'art. 55 del Codice del terzo settore. Il successivo art. 56 è invece dedicato alle convenzioni. Per un commento delle norme sopra richiamate cfr. F. Sanchini, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in F. Donati, F. Sanchini (a cura di), *Il nuovo codice del terzo settore*, Milano, 2019, 249 ss. e soprattutto la completa ricostruzione di E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021.

⁵⁶ Ci si permette di rimandare, in relazione all'amministrazione consensuale dei beni culturali, a P. Michiara, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, 997 ss. Cfr. altresì M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuillo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 183 ss. e, dello stesso Autore, *Cooperazione*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2020; L. Zanetti, *Art. 112*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007 441 ss.

Vi è quindi motivo di ritenere che, finita la ricca e affollata stagione degli incentivi fiscali ed economici (che non potranno essere sempre così “ricchi”), sarà la logica dei contratti (e della negoziazione) che rimarrà, con le migliori possibilità di vittoria, sul campo rigenerativo.

Si tratta di un futuro che già si palesa. A partire dalle leggi regionali urbane di ultima generazione, dal Codice dei contratti pubblici (si è già accennato al baratto amministrativo, agli interventi di sussidiarietà orizzontale, alle sponsorizzazioni, ai progetti speciali di cui all’art. 151 dello stesso D.Lgs. 50/2016), per arrivare ai patti di collaborazione, è evidente infatti come sia da tempo in atto una tendenza che potremmo definire neo-contrattualistica e corporativa.

Per concludere si rileva quindi come, anche per quanto riguarda gli strumenti (e non solo per i soggetti agenti), il sostantivo che più si addice al nostro discorso sia *tutti*. Nessuno strumento può infatti essere escluso e alcune leggi (si pensi a quella rivolta a rigenerare i piccoli borghi) elencano proprio, senza optare per un solo mezzo, una nutrita serie di diverse possibilità. Ancora una volta pertanto potremmo affermare come tutto sia lecito... ma non tutto giovi.

Se per esempio si ritenesse indispensabile, anziché attribuire la scelta al mercato, non solo imporre un determinato uso ad un complesso immobiliare ma anche costringere il privato ad un *facere*, ebbene in questo caso l’unico strumento possibile potrebbe essere quello concessorio.

In questa prospettiva, a modesto avviso di chi scrive, lo strumento più efficiente sembrerebbe essere quello della finanza di progetto ad iniziativa di parte un tempo detta a-programmatica⁵⁷. È infatti il mercato, in detta ipotesi, che, pur potendo nel futuro comunque fallire, è responsabilizzato *ab origine*, dovendosi impegnare – da subito – a presentare un progetto sostenibile dallo stesso studiato e redatto. In altre parole. Le concessioni tradizionali, dove gli usi e i servizi sono determinati dall’ente banditore, sono a volte, oltre che particolarmente onerose (il progetto è pagato dall’amministrazione), inefficienti, non conoscendo di norma la p.a. le destinazioni d’uso effettivamente accettabili dal mercato che, onde evitare rischi non facilmente soppesabili, tenderà a ritirarsi, a non presentare offerta (gara deserta).

Risultano pertanto più efficienti i casi in cui sia il privato, con i tempi che lo stesso ritenga di utilizzare, a ideare e compiutamente redigere il progetto. Posto che in questo caso appunto durata, modi e contenuti vengono decisi dal promotore, da

Per un approfondimento, invece, in relazione ai beni ambientali si rimanda a A. Crismani, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni ambientali*, in *Riv. giur. edil.*, 2021, 2, 47 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce a quanto previsto dall’art. 183, comma 15, D.Lgs. 50/2016. Per una disamina dell’istituto in generale cfr. G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004 e G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico – privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015. In particolare, sulla finanza di progetto ad iniziativa privata si rimanda a E. Parisi, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 4, 1483 ss.

colui cioè che si impegna a sopportare tutti i rischi nel caso in cui il mercato non dovesse formulare offerte, è più facile che non emergano usi rigenerativi velleitari ed economicamente non credibili. In caso di fallimento del promotore l'iniziativa, se sostenibile, può del resto essere proseguita dalla p.a. o da altri privati, mentre le ipotesi rigenerative utopistiche non possono che determinare *default* a cascata.

Con questo non si vuol dire che la p.a. debba lasciare al privato le scelte, ma che, se la stessa intendesse perseguire progetti rigenerativi non economicamente profittevoli (nel senso di non produttivi di utili), dovrebbe assumersi l'onere di previamente reperire le relative risorse, bandendo concessioni dichiaratamente "fredde" (a canone) senza illudere il mercato che alcuni servizi possano essere remunerativi. La vera rigenerazione si differenzia del resto dalla speculazione per il fatto che (molto spesso) incide su elementi, fattori, soggetti ed oggetti che... non hanno prezzo.

7. *La ricostruzione della nozione attraverso i suoi frammenti*

7.1. *La rigenerazione come attività di interesse generale*

È possibile ora, dopo aver illustrato le coordinate all'interno delle quali sono situabili i concetti in esame, effettuare una serie di considerazioni di tipo generale e ricostruttivo.

La rinascita delle città, salvo il caso in cui si voglia relegare il tutto nel più ristretto ambito edilizio e cioè del recupero e riqualificazione immobiliare (e non sembra essere la volontà, per esempio, degli estensori del PNRR)⁵⁸, non può prescindere dalle nozioni aperte e distinte di rigenerazione e di città che, di seguito, si esplicheranno.

La prima presuppone l'esistenza di spazi e tempi (tanto fisici e tangibili quanto interiori) desolati, da ravvivare o, in senso ciclico, da sempre nuovamente generare. La resilienza⁵⁹, in tale contesto, è strumentale alla sopravvivenza e agli

⁵⁸ Nel PNRR, come già accennato, si esamina la rigenerazione urbana avendo presente non solo gli aspetti edilizi ma anche quelli sociali. Ed infatti, la rigenerazione è compresa nella Missione Inclusion e coesione con lo specifico scopo di ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale.

⁵⁹ La resilienza (concetto tendenzialmente spirituale e psicologico) è divenuto significativo nel campo giuridico a partire appunto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Sull'argomento si rimanda a G. Marra, P. Polidori, E. A. Rossi (a cura di), *Il diritto della resilienza legge, società e politiche economiche nel PNRR*, in *Studi Vrbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2021, Nuova Serie A, n. 72, 3-4. Il concetto viene acutamente "declinato", più direttamente e venendo al nostro tema, da L. Giani, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Vol III, Napoli, 2020, 2009 ss. Per un "piccolo inventario di idee e proposte" per un diritto amministrativo resiliente e capace di buone *performance* cfr. G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2021, 2, 145 ss.

interessi e obiettivi sia di cura-conservazione che di sviluppo di cui all'art. 3 del T.U. delle autonomie locali⁶⁰.

Si tratta quindi tanto di una finalità ultima quanto, avendo come riferimento le attività concrete in cui si esplica la funzione-servizio, di un potere-dovere⁶¹ da esercitarsi in modo collaborativo, sussidiario e ripartito tra la comunità di cui al predetto art. 3, gli enti territoriali più vicini alla comunità stessa e i cittadini.

Con questo si vuol dire che, a fronte del declino strutturale in cui versa buon parte del Paese e dell'impossibilità per le finanze pubbliche di sopperire alle carenze emergenti dalle continue crisi, si dovrà per forza aprire una nuova stagione. Dall'età dei diritti (tutto a tutti) occorrerà insomma ripartire dai *doveri*, a partire da quelli degli individui (art. 2 della Costituzione) per arrivare a quelli collettivi e pubblici.

Il concetto di *vicinitas*, ormai radicato nel diritto amministrativo per fondare interesse e legittimazione a contendersi – in modo oppositivo – gli spazi vitali (si pensi alle cause basate sulla violazione delle distanze)⁶², potrebbe quindi ora essere utilizzato per radicare invece il diritto/*dovere* di impegnarsi, in modo sussidiario, nella rigenerazione di strade, piazze, quartieri.

In tale prospettiva potrebbe non essere necessario o dirimente l'inquadramento o meno della rigenerazione nell'ambito tradizionale delle funzioni amministra-

⁶⁰ L'art. 3 del D.Lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) esalta, come noto, l'autonomia (*statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché impositiva e finanziaria*) degli enti locali. Il tutto tenendo conto del nuovo principio di sussidiarietà tanto in senso verticale quanto in senso orizzontale: gli enti sono infatti tenuti ad esercitare le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali. Questo significa che ogni politica di sviluppo (economico e sociale) dovrebbe partire dalle realtà territoriali, appunto, da rigenerare. Per un recente commento sul T.U. degli enti locali cfr. E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, Milano, 2020 e, *ivi*, con particolare riferimento agli enti locali, 129 ss.

⁶¹ Cfr. sull'argomento L.R. Perfetti, *La pubblica amministrazione come dovere*, in Aa.Vv., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 3965 ss. Si veda altresì la monografia di F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

⁶² Per quanto riguarda la *vicinitas* in generale e, in particolare con riferimento agli aspetti processuali, cfr. F. Trimarchi Banfi, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 3, 771 ss. Sull'argomento, in particolare in relazione ai titoli edilizi ed alla (saga della) violazione delle distanze tra costruzioni, si veda da ultimo la decisione del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22, commentata, tra gli altri, da P. Urbani, *Vicinitas e interesse al ricorso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2022, 3, 341 ss.; S. Tranquilli, *Sull'incerto rapporto tra vicinitas e "vicinanza della prova" dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021*, in *Il Processo*, 2022, 1, 202 ss.; F. Clarizio, *L'inedoneità della vicinitas a configurare da sola l'interesse al ricorso: ricognizione giurisprudenziale e (possibili) scenari futuri*, in *Urb. e App.*, 2022, 3, 307 ss. In sostanza, con la decisione citata, l'Adunanza Plenaria, componendo un prolungato contrasto giurisprudenziale maturato nell'ampio dibattito sul tema, ha affermato come, nell'ambito dell'impugnazione di titoli edilizi autorizzativi, la *vicinitas* non sia più sufficiente, da sola, a soddisfare le condizioni dell'azione (legittimazione ad agire ed interesse al ricorso) ma debba essere accompagnata anche dalla prospettazione di un pregiudizio derivante dall'atto impugnato e quindi, nel caso trattato, dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio.

tive⁶³, stante il fatto che il tutto potrebbe ormai essere assorbito nel concetto più ampio di servizio di interesse generale (il Codice del terzo settore usa il termine di *attività*)⁶⁴, cioè in quei doverosi servizi-compiti il cui espletamento può essere alternativamente effettuato tanto dal pubblico quanto dal privato e con strumenti di vario genere (dall'autorità al consenso, come accennato nei paragrafi precedenti)⁶⁵.

Circa le modalità e le “regole di ingaggio”, si ritiene che debbano essere principalmente considerati, da parte pubblica (ma anche ovviamente da parte privata), i principi generali del diritto amministrativo e, in particolare, specie quando non si tratti di attività autoritativa, quelli del risultato, del merito (la meritevolezza di tutela delle diverse iniziative), dell'equilibrio economico, della sostenibilità, della responsabilità e, appunto, della sussidiarietà⁶⁶.

È sui principi del resto (non sulle forme) che è più facile trovare punti di intesa con le iniziative ed il diritto dei privati, specie con quei privati (il terzo settore) che abbiano nella sussidiarietà – e nella logica di aiuto – la propria ragion d'essere. Quest'ultimo principio (e la sua declinazione) diventa fondamentale nel momento in cui si sia convinti del fatto che, a prescindere dalla valenza ideale dello stesso, le iniziative debbano necessariamente, per poter funzionare e durare nel tempo, essere promosse e gestite mediante processi che tengano conto, via via, di strategie *top down* e *bottom up*⁶⁷. Le giuste modalità dovrebbero insomma essere

⁶³ Per una disamina del rapporto sussistente tra rigenerazione urbana e funzione nell'accezione classica, si vedano le acute osservazioni di E. Chiti, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici. Una nuova funzione amministrativa?* in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 15 ss.

⁶⁴ L'art. 5 del Codice del Terzo settore prevede le variegata attività di interesse generale che possono essere svolte dagli ETS. Oltre alla riqualificazione e rigenerazione, il complesso articolato elenca le seguenti prestazioni: - servizi sociali, sanitari; - educazione, istruzione, formazione professionale, formazione universitaria e post universitaria, extrascolastica ed altro; - ambiente e sua salvaguardia nonché tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; - ricerca scientifica di particolare interesse sociale; - organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato; - radiodiffusione sonora; - organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; - servizi strumentali destinati a enti del Terzo settore; - cooperazione allo sviluppo; - attività tutte svolte nell'ambito o a favore di filiere del commercio equo e solidale; - inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori e dei soggetti svantaggiati; - alloggio sociale; accoglienza umanitaria ed integrazione sociale dei migranti; - agricoltura sociale; - organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche; - beneficenza, sostegno a distanza ed altro; - promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata, dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti; - promozione delle pari opportunità e delle iniziative di aiuto reciproco; - cura di procedure di adozione internazionale; - protezione civile; - riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata. Sull'argomento ci si permette di rinviare a P. Michiara, *L'ordinamento giuridico del terzo settore. Profili pubblicistici*, cit., 457 ss. (in particolare 484 ss.).

⁶⁵ In pratica si tratterebbe di un ritorno alla “sempre viva” nozione di servizio pubblico, acutamente ricollegata alle nuove esigenze da M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2022, 1, 1.

⁶⁶ I principi citati sono oggetto di un interessante disamina a più voci rinvenibile in M. Renna e F. Saita (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

⁶⁷ In generale, sul principio di sussidiarietà cfr. fra i tanti M. Cammelli, *Principio di sussidiarietà, e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, 453 ss.; M. Dugato, *Il principio di sussidiarietà dal diritto*

quelle idonee ad abitare i confini mobili, i margini e i limiti della faglia che divide il pubblico dal privato⁶⁸.

La seconda distinta nozione, cioè quella di città, è diventata ormai centrale nell'ambito del diritto pubblico. Se ne parla tanto sotto un profilo obiettivo (oggetto del diritto) quanto, come è noto, in relazione agli aspetti dinamici, funzionali e soggettivi e cioè quale fonte del diritto⁶⁹ e di diritti. Il tutto, ovviamente, in un'ottica smart⁷⁰.

to comunitario alla Costituzione italiana e le sue applicazioni in tema di servizi pubblici, in *L'integrazione europea, il principio di sussidiarietà e la riforma istituzionale della Provincia Autonoma di Trento*, Milano, 2011, 9 ss.; G. Manfredi, *La sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *Una filantropia nuova - Economia, diritto e filosofia per una società digitale collaborativa*, Lecce, 2017, 153 ss. Sul principio di sussidiarietà, declinato nell'ambito del governo del territorio, si rimanda a P. Mantini, *Dall'urbanistica per piani e accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 3, 141 ss.; M.V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008. Cfr. altresì, per una disamina "soggettiva" e con particolare riferimento alle regioni, D. Donati, *Il ruolo delle Regioni nell'attuazione della sussidiarietà orizzontale: fasi, interpretazioni e problemi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2021, 1, 215 ss. Per quanto riguarda, in particolare, l'amministrazione condivisa si vedano C. Tubertini, *Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, 4, 971 ss.; L. Muzi, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. Di Lascio, F. Giglioni (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 117 ss. Acuta e suggestiva è l'analisi critica sul punto (il mito degli assetti organizzativi che attribuiscono il maggior numero di competenze alle amministrazioni rappresentative "più vicine ai cittadini") di P.L. Portaluri, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 1, 82 ss.

⁶⁸ Sull'argomento, e quindi sui confini tra pubblico e privato, cfr. da ultimo e per una necessaria premessa storica, la compiuta ricostruzione di B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020. A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, analizza quindi in modo problematico, toccando le diverse materie nelle quali le interferenze sono evidenti e importanti, come diritto commerciale, *lex mercatoria* e diritto globale non possano ora prescindere dalla logica e dagli strumenti del diritto pubblico (e come, viceversa, il diritto amministrativo debba uscire dai propri confini, specie da quelli nazionali).

⁶⁹ Sul diritto ed il ruolo delle città la letteratura giuridica è ormai ampia. Fra i tanti è d'obbligo il rimando a J.B. Auby, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, in F. Pizzolatto, A. Scalone, F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino, 2019, 10 ss.; P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, cit.; F. Giglioni, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 1, 3 ss. e, dello stesso Autore, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il comune*, in E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, cit., 267 ss.; C. Mari, *Rigenerazione urbana e città informale nel contesto europeo: profili evolutivi, vantaggi e criticità*, in *Federalismi.it*, 2021, 27. Cfr. altresì il volume n. 1/2018 di *Istituzioni del Federalismo*, dedicato al tema Città e diritto ed in particolare gli interventi di G.M. Labriola, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, 5 ss. e F. Giglioni, *Le città come ordinamento giuridico*, 29 ss. Da ultimo, si rinvia al fascicolo 3/2021 di *Munus*, raccolta di saggi su *Scienze delle città. Lo sperimentalismo urbano come principio generale del rapporto tra città, scienza e innovazione* (a cura di C. Iaione) e ivi, in particolare, a: F. Cortese, *Nuovi principi costituzionali e ridefinizione progettuale dello spazio operativo degli enti territoriali* (editoriale); C. Iaione, *Città, scienza e innovazione. Il diritto alla scienza per la città come pietra angolare di una nuova governance urbana orientata allo sviluppo sostenibile e alla responsabilità intergenerazionale*, 491 ss.; A. Antonelli, *Le infrastrutture verdi*, 747 ss.

⁷⁰ Sulle *smart cities* si veda, in dottrina: F. Fracchia, P. Pantalone, *Smart city: condividere per innovare (e con il rischio di escludere)*, in *Federalismi.it*, 2015; E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 1, 240 ss.; T. Favaro, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 2, 87 ss.; G. F. Ferrari, *Smart city, paesaggio e rigenerazione urbana*, in G. F. Ferrari (a cura di), *Le smart cities al tempo della resilienza*, Milano-Udine, 2021, 18 ss.

I centri abitati possono quindi essere visti come un corpo vivo, fatto di materia e spirito⁷¹, che si muove nel tempo (e in tal senso devono essere assicurati i diritti di coloro che ancora non sono)⁷² e nello spazio: si può ridurre o allargare non solo il tessuto urbano, fisicamente inteso, ma pure la nozione cartografica di ciò che sia effettivamente abitato (o meno), anche in senso qualitativo⁷³.

Così come lo spazio ed il tempo sono ormai strettamente collegati, così il diritto delle città ha un senso – e un futuro – se e in quanto sia messo in relazione con la rigenerazione (urbana), quindi con gli “strumenti umani”⁷⁴ e immateriali e con tutto ciò che, anche a prescindere dalla conservazione degli edifici e delle mura storiche dei centri, consenta ai corpi cittadini di essere resilienti e di svilupparsi mediante processi duraturi, *in progress*, mai definitivamente appagati.

La rigenerazione, in tale contesto, diventa quindi anche un fondamentale *compito generale di benessere*⁷⁵, che, nella sostanza, coincide con le finalità tutte di cui al già citato art. 3 riguardante le comunità locali. Le comunità, del resto, per

⁷¹ Di uomini, animali, piante, ma anche in generale di “materia”, che è pur sempre vivente, come direbbe un noto precursore dell'ecologia integrale e cioè P. Pierre Teilhard de Chardin (il pensiero del paleontologo e teologo, morto nel 1955, è ben illustrato in una delle traduzioni italiane delle sue opere e cioè ne *Il cuore della materia*, Brescia, 1976).

⁷² I diritti (*rectius*, gli interessi) delle generazioni future sono ora espressamente riconosciuti, nella Costituzione, dagli artt. 9 e 41, modificati ad opera della legge cost. 1/2022 con la quale la tutela dell'ambiente è stata appunto introdotta nella nostra Carta fondamentale. Sull'argomento ed in modo critico si veda F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in “negativo”*, cit. In dottrina, sempre sull'argomento, cfr. le antesignane opere di R. Bifulco, A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008; A. D'Aloia, *Costituzione e protezione delle generazioni future?* in F. Ciarumelli, F.G. Menga, *Responsabilità verso le generazioni future*, Napoli, 2017, 293 e ss. In relazione alle recenti modifiche apportate alla Costituzione, si vedano altresì: M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost. li*, 2021, 285 e ss.; D. Porena, *Anche nell'interesse delle generazioni future? Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 15 e, per una disamina del tema sotto il profilo della sostenibilità del debito I. Ciolli, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, 2021, 1, 51 ss. Si rimanda, da ultimo, agli interventi presentati al convegno dal titolo *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano - 7 ottobre 2021, pubblicati in *Il diritto dell'economia*, 2021.

⁷³ Gli stessi concetti di ciò che sia urbanizzato e/o di ciò che sia solamente (in astratto) urbanizzabile sono mutevoli e variamente componibili a seconda del punto di vista dell'osservatore (politico, imprenditore, legislatore, giudice...). Si veda, per un esempio concreto (attinente al differente costo di costruzione), la sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, sezione di Parma, n. 199/2022 e, prima ancora (essendo alla base della decisione citata), la Delibera dell'Assemblea Legislativa della Regione Emilia-Romagna n. 186 del 20/12/2018. Nella decisione in questione, in particolare, è stato affermato che nel perimetro del territorio urbanizzato rientrano anche le aree per le quali «i titoli edilizi siano già stati rilasciati o presentati o in relazione alle quali siano state stipulate convenzioni urbanistiche attuative», ma non i terreni oggetto di accordi ex art. 18 legge 241/1990.

⁷⁴ Il riferimento è liberamente tratto da V. Sereni, *Gli strumenti umani*, Torino, 1965.

⁷⁵ Sulle funzioni di benessere, contrapposte a quelle d'ordine, cfr. S. Cassese (a cura di), *Diritto Amministrativo Speciale, Tomo I*, Milano, 2003, 625 ss.

essere e rimanere tali, non possono che essere ri-generatrici e muoversi in un'ottica di sostenibilità o, come si vuol dire oggi, di circolarità virtuosa⁷⁶.

Stante l'ampiezza dei concetti di cui sopra, non sembra pertanto possibile rinchiudere in una casella unitaria, giuridicamente definitoria, la nozione di rigenerazione *urbana*. O meglio, per differenziazione e ragionando in negativo, potrebbe rientrare nella categoria, come già in precedenza accennato, tutto ciò che non sia rinaturazione⁷⁷ e che sia rivolto a sopperire al degrado; ma, all'evidenza, si tratterebbe di una forzatura.

Si pensi del resto a quelle zone di mezzo definite come terzo paesaggio⁷⁸ e a tutti quei territori di confine che, ad essere troppo rigidi, non essendo inquadrabili nelle aree naturalistiche o viceversa nella delimitazione del centro abitato, potrebbero essere penalizzati, pur essendo molto spesso (i più) bisognosi appunto di interventi e finanziamenti volti al recupero dell'esistente.

Lo stesso dicasi per il concetto di degrado: troppo soggettivo e tautologico (è abbandonato... ciò che si ritiene debba essere recuperato e ancora non lo sia) per potere essere utilizzato in modo certo a prescindere da mere scelte politiche.

7.2. *Il buon esercizio della discrezionalità quale antidoto al degrado economico e sociale*

È difficile quindi ragionare della categoria sotto il profilo del diritto amministrativo in senso stretto, essendo il tutto riferibile ad attività – di interesse generale – spesso inquadrabili come non economiche, sociali (diversamente si tratterebbe di meri interventi immobiliari)⁷⁹ e non essendo la nozione definibile (e tipizzata) seguendo la tradizionale triade potere, funzione, procedimento⁸⁰ (a chi spetterebbe il potere rigenerativo?).

Lo stesso dicasi per quanto concerne l'inserimento del concetto nell'ambito del sempre tradizionale ma più ristretto diritto dell'urbanistica e dell'edilizia⁸¹. Quest'ultimo è infatti pur sempre ancora collegato agli istituti pianificatori

⁷⁶ L'argomento, sotto un profilo di diritto pubblico, è trattato da M. Cocconi, *La regolazione dell'economia circolare. Sostenibilità e nuovi paradigmi di sviluppo*, Milano, 2020. Cfr. altresì F. De Leonardis (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2021 e ivi, tra gli altri, C. Lauri, *Smart city ed economia circolare*, 151 ss.

⁷⁷ Si rimanda, sul concetto in esame, alla nota n. 26 che precede.

⁷⁸ Cfr. G. Clément, *Manifesto del terzo paesaggio*, Macerata, 2005.

⁷⁹ Con questo si vuol dire che un progetto meramente edilizio che non si ponesse nel solco della socialità non potrebbe essere considerato rigenerativo ma, appunto di mera riqualificazione edilizia.

⁸⁰ Sull'argomento si rimanda al ben noto saggio di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., ora ripubblicato in *Bilancio, Comunità Persona*, 2021, 1, 244 ss.

⁸¹ In merito al diritto dell'urbanistica e dell'edilizia cfr., in generale e non potendo citare le ormai numerose opere monografiche, G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019; P. Urbani, S. Civitaresse Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2020; M.A. Cabiddu, *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2021; P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006 e, dello stesso Autore,

che, oltre ad essere in crisi (specie nel momento in cui, chiusa una logica espansiva, non vi sia suolo da edificare *ex novo*)⁸², mal si addicono ad interventi di rigenerazione che, per la loro natura composita, multidisciplinare e multifunzionale, innovativa, episodica (gli usi misti, temporanei e in deroga per esempio previsti dalla normativa sul terzo settore⁸³), faticano ad essere pianificati, ad essere strutturati in forma di disegni ordinati di condotte future.

Nulla cambierebbe ragionando, più in generale, di diritto di governo del territorio, essendo quest'ultimo, in quanto evoluzione del primo, ancora saldamente ancorato, materialmente parlando, al territorio e alle attività (in senso lato economiche) e poco incline a considerare ciò che non sia misurabile e pianificabile o che riguardi settori *altri* (per esempio quello dell'integrazione sociale, anche dei non cittadini)⁸⁴.

Questo non significa che la funzione in questione non possa essere nominata o studiata in quanto tale (essendo anzi detta analisi fondamentale tanto per risolvere in modo positivo casi conflittuali quanto per decidere, più prosaicamente, chi debba vincere o meno un bando), ma solo che la stessa –essendo appunto a sua volta cangiante – non può che sfuggire ad un rigoroso inquadramento sistematico e dovrà per forza far paziente e prudente uso di tutte le branche del diritto (ma non solo)⁸⁵ via via utilizzabili per i diversi casi, appunto, da decifrare.

Il suo legame con gli aspetti problematici dell'esistente, della realtà fattuale che, di norma, semplicemente si palesa senza preavvertire (si pensi al Covid) e, soprattutto, senza pre-qualificarsi sotto il profilo giuridico (si pensi alla complessità pluridisciplinare dei casi per esempio di occupazioni più o meno spontanee di immobili abbandonati), ci induce anche a ritenere come ben difficilmente si

Diritto urbanistico. Manuale breve, Milano, 2022. Cfr. altresì S. Amorosino, *Governo del territorio. Scenari economici ed innovazioni amministrative*, Napoli, 2016. Per una disamina dei rapporti (problematici) tra urbanistica in senso stretto e “interessi”, si veda P. Chirulli, *I rapporti tra urbanistica e discipline differenziate*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, 20 ss.

⁸² Sulla crisi della pianificazione in ambito urbanistico, cfr. S. Bellomia, *Brevi riflessioni sulla crisi attuale della pianificazione urbanistica*, in P. Stella Richter (a cura di), *La sicurezza del territorio. Pianificazione e depianificazione*, Milano, 2014, 205 ss. Cfr. altresì G. Pagliari, *Ripensare lo strumento pianificatorio: dal modello del “controllo” a quello della “coerenza”*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, cit., 79 ss. Per una riflessione sul futuro della pianificazione cfr. L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in L. Ferrara, D. Sorace, G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. II, *La coesione politico-territoriale*, Firenze, 2017, 299 ss.,

⁸³ Cfr. il già citato art. 71 del Codice del Terzo Settore (nota 18).

⁸⁴ Si veda F. Pizzolato, *La città come dimensione del diritto e della democrazia*, in F. Pizzolato, A. Scalone, F. Corvaja (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, cit., 31 ss.

⁸⁵ Il fatto che si debbano far “lavorare” insieme tante discipline significa come non possa esservi un esperto di rigenerazione urbana *tout court* e come quindi non vi possano essere progetti e processi semplici o poco costosi. Il fallimento di molte iniziative si deve appunto alla frequente sottovalutazione dei tempi necessari anche per il solo coordinamento delle diverse professionalità.

potrebbero, in modo proficuo, varare riforme o leggi quadro o codici che dir si voglia sulla rigenerazione urbana *tout court*⁸⁶.

Ciò in quanto i problemi concreti e gli obiettivi rigenerativi, per essere rispettivamente analizzati e conseguiti, presuppongono il sapiente uso, caso per caso e in tutte le sue forme, della (questa sì, tradizionale) discrezionalità amministrativa⁸⁷. Amministrare, non legiferare... verrebbe da dire se si dovesse redigere una massima o un brocardo in materia⁸⁸.

Ecco allora che, per conseguire gli obiettivi di pubblico interesse di cui alla rigenerazione urbana, servirebbe casomai il rafforzamento, in tutte le sue forme, della “capacità amministrativa”⁸⁹, quindi (ferma restando la politicità dei fini ultimi) della volontà di utilizzare in modo ragionevole e non eccedente i poteri istruttori e decisionali propri di un’amministrazione che: - non si limiti a trincerarsi dietro pareri o sentenze aventi portata apparentemente generali (sostitutivi di leggi che non ci sono e/o che non ci dovrebbero essere); - non abbia paura di progettare e di scegliere le soluzioni in un’ottica di merito e di risultato; - in sintesi, non fugga dalla responsabilità.

7.3. Agevolazioni, semplificazioni, deroghe ed eccezioni – incorporate in bandi e progetti – alla prova della comparazione e della sostenibilità

La logica del caso per caso (non delle divisioni per materie a volte fittiziamente create dalla – per altri versi utile – ragion burocratica)⁹⁰, presuppone, in

⁸⁶ Come già evidenziato nella precedente nota n. 5, l’Associazione Nazionale Costruttori Edili ritiene invece importante l’emanazione di una nuova normativa urbanistica e di una legge sulla rigenerazione urbana.

⁸⁷ La bibliografia sul tema della discrezionalità è ormai “sconfinata”. In questa sede si rimanda, per alcuni spunti critici aventi valenza anche generale, a L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 2013, 3, 309 ss. e, per un *excursus* sull’evoluzione della discrezionalità amministrativa, alla luce della vasta produzione sull’argomento, cfr. M. Galdi, *Sisifo e l’evoluzione della discrezionalità amministrativa*, in *Federalismi.it*, 2018, 9. Da ultimo si veda A. Police, *Il potere discrezionale come ponderazione di interessi*, in G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 142 ss.

⁸⁸ In tal senso si è espressa anche A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell’urbanistica di nuova generazione*, cit., 15, ove l’Autrice evidenzia come, sulla base dell’indagine condotta sulla rigenerazione urbana, «almeno nella fase attuale, non sia necessaria una nuova legge statale, che rischi di accrescere le incertezze sulle regole e di innescare nuovi conflitti fra Stato e Regioni».

⁸⁹ A proposito della “capacità amministrativa” in generale cfr. G. Napolitano, *La crisi di legittimazione e di capacità amministrativa dell’Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2016, 3, 717 e ss. e, in particolare, B. G. Martarella, *Burocrazia e riforme. L’innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017. Per quanto riguarda ad esempio le professionalità tecniche, è stato evidenziato come vi sia stata una perdita di tali professionalità, dovuta anche al fatto che lo Stato si è progressivamente spogliato di competenze circa l’urbanistica. In tal senso L. De Lucia, A. Meliconi, *L’urbanistica tra Stato e regioni nella crisi del sistema politico*, in G. Storto, *Territorio senza governo*, 2021, Roma, 2021, 251 ss.

⁹⁰ M.R. Spasiano, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la «regola del caso»*, in *Dir. Amm.*, 2000, 1, 131 ss. ha rilevato come “la regola del caso” «si componga anche

ogni modo, la cultura del progetto (non solo del pur necessario piano) e la capacità di collaborare tanto all'interno quanto all'esterno della p.a. di appartenenza, sia cioè con altre amministrazioni che con i privati.

Per rigenerare pertanto servirebbero insomma, più che leggi, amministrazioni che, direttamente o indirettamente (anche mediante il partenariato pubblico-pubblico o pubblico-privato), siano in grado di favorire o direttamente realizzare progetti concreti, il cui esito rigenerativo sarà tanto più vicino all'efficienza ed all'efficacia attese quanto più le iniziative, provenendo magari da una società civile opportunatamente responsabilizzata⁹¹, corrisponderanno ad esigenze reali, finanziabili, condivise⁹². I fallimenti si possono evitare nel momento in cui si erogano gli incentivi (monetari o sotto forma di deroghe) in modo prudente, "generativo", comparativo (non a pioggia), preferendo magari le ipotesi di micro-rigenerazione urbana condivisa, in grado di arrecare benefici sostenibili e diffusi (mediante l'effetto moltiplicatore), piuttosto che iniziative particolarmente dispendiose che producano debito non ristorabile in tempi ragionevoli.

Quest'ultimo punto (la comparazione) ci rimanda comunque, oltre che ai progetti, ai *bandi*⁹³ e quindi, ulteriormente, alla discrezionalità e a tutti quegli strumenti puntuali di diritto amministrativo senza i quali la "cura degli interessi concreti" e la rigenerazione non potrebbero aver luogo. Solo la logica dei bandi, degli strumenti concessori o del partenariato di vario genere può del resto assicu-

di tutti quei comportamenti e di quelle soluzioni che l'amministrazione, in relazione ad una determinata fattispecie, avrà ritenuto di assumere nel rispetto dei principi generali e di settore, ma anche in spirito di coerenza ed adeguatezza rispetto al risultato da perseguire». Si tratta, in pratica, di una traduzione giuridica del concetto (spirituale) del discernimento.

⁹¹ È sempre d'obbligo effettuare in tal caso un riferimento alla nozione di cittadinanza attiva sviluppata da G. Arena, *Cittadini attivi*, Bari, 2006, IX. I cittadini attivi sono quindi divenuti "custodi", pur sempre attivi (cfr. in tal senso, del medesimo Autore, *I custodi della bellezza*, Milano, Touring Club Italiano, 2020).

⁹² Ciò anche al fine di evitare contenziosi di lunga durata, spesso riscontrabili nel momento in cui vicini e comitati vari non siano stati previamente correttamente informati e coinvolti. È stato quindi opportuno introdurre il dibattito pubblico anche nell'ambito del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) il cui art. 22 è dedicato appunto alla "*Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico*". Successivamente, con D.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76 è stato emanato il Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico.

Sull'argomento cfr. M. Atelli, *Dibattito Pubblico*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, cit., 1157 ss. e, con particolare riferimento al regolamento attuativo, G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 604.

⁹³ Si vedano, tra i tanti, in via esemplificativa, il bando della Regione Emilia-Romagna a sostegno di processi di rigenerazione urbana e sociale attraverso il recupero ed il riuso del patrimonio pubblico dei comuni sotto i 60mila abitanti e il rafforzamento delle infrastrutture sociali (<https://territorio.regione.emilia-romagna.it/qualita-urbana/rigenerazione-urbana/bandoru-21/bandoru-2021>), il bando Sport e Periferie 2022 avente ad oggetto la realizzazione e rigenerazione di impianti sportivi finalizzati all'attività agonistica o allo sviluppo della relativa cultura, localizzati nelle aree svantaggiate del Paese e nelle periferie urbane (<https://www.sport.governo.it/it/bandi-e-avvisi/sport-e-periferie/sport-e-periferie-2022/avviso-sport-e-periferie-2022/>).

Per una disamina dei dilemmi dei banditori cfr. i sempre attuali M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001 e G. D. Comperti, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 2.

rare, mediante la valorizzazione della progettualità, il fatto per esempio che deroghe e facilitazioni aderiscano in modo ottimale a quello specifico tassello di realtà problematica puntuale (fermata in uno spazio-tempo circoscritto) che si vorrebbe rigenerare.

In altre parole e capovolgendo una parte del ragionamento:

- le leggi e gli atti che, in via generale e per sempre, prevedano deroghe e facilitazioni, senza creare una relazione (ri-generativa e/o sinallagmatica) con i beneficiari, tendono, per quanto riguarda le conseguenze indotte, a produrre scarsa efficienza ed esternalità negative alla lunga non sostenibili;
- la riduzione di *standard* e oneri, l'ampliamento delle attività consentite, le deroghe *ad personam* (cioè per esempio a soggetti particolari del t.s.), a termine e "occasionalmente" (consentite dagli strumenti concessori e del partenariato), ben si legano invece a progettazioni (urbanistiche e sociali) coinvolgenti che, provenienti direttamente (i promotori aprogrammatici) o indirettamente (a seguito di una sollecitazione pubblica) da privati effettivamente interessati e responsabilizzati (oltre che selezionati), siano in grado di ottenere i risultati rigenerativi attesi.

In tale contesto, per chiarire e semplificare, possono essere positivamente lette le già citate deroghe di cui all'art. 71 del Codice del terzo settore, secondo il quale a soggetti del terzo settore, in quanto, di per sé e sotto il profilo soggettivo, meritevoli, possono essere concessi beni immobili "agevolati" (canoni ridotti, usi ampliati mediante la concessione di nuove destinazioni) purché vi sia un valido progetto di rigenerazione (profilo oggettivo), scelto previa comparazione o bando, tale da compensare eccezioni ed aiuti.

Dovrebbe essere insomma la prudente selezione (non naturale ma umana, funzionale) a decretare a quale soggetto potranno essere concesse le deroghe e le agevolazioni in questione. Ciò per poter far partire solo le iniziative sostenibili⁹⁴.

Quindi, in sintesi, la legge c'è (si pensi alle varie leggi regionali, a tutti gli strumenti previsti dal Codice dei contratti, dal baratto agli interventi di sussidiarietà orizzontale...) ⁹⁵, così come pure ci sono i beni pubblici abbandonati e le comunità da rigenerare. Quel che manca, spesso, è la voglia e la capacità di usare davvero tutte le eccezioni e le facilitazioni o comunque le opportunità, previste dalle diverse norme, per permettere il rinnovamento atteso.

⁹⁴ Sul principio di sostenibilità, che sotto il profilo giuridico nasce nell'ambito del diritto dell'ambiente ma che ora è diventato un cardine del governo del territorio (ogni legge regionale sull'argomento enfatizza infatti la necessaria sostenibilità di piani ed interventi edilizi), cfr. in generale F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010. Cfr. altresì M.G. Della Scala, *La 'città sostenibile' tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in L. Ferrara, D. Sorace, G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana*, Vol. II, cit., 335 ss.

⁹⁵ Da ultimo, per un approccio multisettoriale, si veda P. De Nictolis, *Il partenariato sociale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo ex artt. 189-190 Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2021.

7.4. *Una funzione amministrativa destrutturata e complessa. Verso un diritto della rigenerazione territoriale*

Riprendendo quanto affermato nei paragrafi precedenti potremmo, ragionando ora in termini riassuntivi e propositivi e quindi affinché si possa individuare un concetto praticabile e proficuo, puntellare la polisemica nozione⁹⁶ mediante i seguenti frammenti⁹⁷.

La rigenerazione urbana:

- i) presuppone un potere rigenerativo diffuso e condiviso, includente e, allo scopo, ben difficilmente potrebbero essere economicamente sostenibili e accettabili progetti calati dall'alto, che escludessero il privato e, in particolar modo, il terzo settore;
- ii) può essere considerata, sotto il profilo teleologico, un fine-compito, essenzialmente di benessere, delle comunità territoriali. In tale prospettiva è sia "al di sopra" quanto trasversale alle varie funzioni, ne costituisce il legante⁹⁸;
- iii) a sua volta, sotto il profilo dinamico, si può incarnare in attività (di interesse generale) e procedimenti tendenzialmente afferenti all'amministrazione consensuale⁹⁹, riguardanti funzioni particolari e diverse, senza esaurirsi nelle stesse;
- iv) è quindi, sempre per quanto concerne gli aspetti dinamici e strutturali, un insieme di mezzi, metodi, strumenti, eccezioni e deroghe funzionali (*munera*)¹⁰⁰ che devono essere coordinati ed orientati in un processo complesso volto ad ottenere un determinato *risultato*. Il risultato, a sua volta e se è tale (ri-genera-

⁹⁶ La necessaria polisemia del concetto di rigenerazione urbana è descritta, da ultimo, da A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., 223 ss.

⁹⁷ La suggestione («These fragments I have shored against my ruins») è liberamente tratta da T.S. Eliot, *La terra desolata*, Pisa, 2018 (traduzione italiana).

⁹⁸ Interessanti, per quanto riguarda il potenziale scontro di "poteri" (centro e periferia), quindi in relazione alle ripartizioni di competenze inerenti alla rigenerazione urbana, sono gli interventi della Corte Costituzionale ed in particolare, per quanto riguarda la ripartizione Stato-regioni: la sentenza 23 giugno 2020 n. 119, secondo la quale le misure di riqualificazione del patrimonio immobiliare dismesso sono di competenza regionale posto che riguardano il governo del territorio; le sentenze 26 luglio 2002, n. 407 e 20 dicembre 2002, n. 536 secondo le quali la disciplina della rigenerazione urbana, laddove espressione anche di un valore ambientale, può rientrare nella competenza esclusiva dello Stato al quale è quindi consentito dettare standards di tutela per l'intero territorio nazionale, anche incidenti sulle competenze legislative regionali ex art. 117 della Costituzione. In relazione, invece, alla ripartizione tra competenza legislativa regionale e potestà pianificatoria dei comuni, si rimanda a Corte Costituzionale 23 giugno 2020, n. 119 e 28 ottobre 2021, n. 202. Sentenze con le quali è stato evidenziato come le disposizioni del legislatore regionale, in particolare in relazione alle modalità di intervento ed all'entità dello stesso, non possano oltrepassare "la soglia dell'adeguatezza e della necessità" oltre la quale vi sarebbe una compressione della funzione dei Comuni in materia di pianificazione urbanistica.

⁹⁹ Non sono peraltro esclusi interventi autoritativi. Al di là degli espropri e delle ordinanze sindacali in materia di decoro, si pensi anche agli sgomberi coattivi per motivi di sicurezza.

¹⁰⁰ Ci si permette di rimandare, a tale proposito, a P. Michiara, *Il terzo settore come munus*, cit., in particolare 584 ss.

tivo), è già di per sé un'eccezione, essendo invece normale il decadimento tanto degli edifici quanto dei corpi. Occorre insomma, per poter raggiungere gli obiettivi attesi, una visione alta (metafisica e metatemporale), che superi cioè il tempo e le divisioni contingenti, che sacrifichi i corpi presenti per dar modo che possano esistere prima e resistere poi le generazioni future, come espressamente ci chiede ora anche la Costituzione (art. 9 e 41)¹⁰¹.

Ecco allora che la funzione (termine da usarsi, come visto, con “timore e tremore”) si delinea, volendo ulteriormente restringere il campo, come un processo comunitario, un insieme – possibilmente ordinato e coordinato – di diverse attività, procedure (nel nostro caso amministrative) e strumenti rivolti ad un unico fine rigenerativo complessivo *alto* (da qui il collegamento stretto tra governo – in senso lato – del territorio e il principio costituzionale di uguaglianza)¹⁰², circoscritto nello spazio ma non nel tempo, il cui esito, sempre comunque incerto, non determinabile a priori ma necessitante di continui aggiornamenti, dipenderà non solo dalla bontà delle singole operazioni, ma anche e soprattutto da come (*quomodo*) il tutto verrà discrezionalmente disegnato, svolto e sviluppato *nel tempo*.

Il profilo del *quomodo* è fondamentale. Non si tratta solo di individuare, per le varie iniziative, piani economico finanziari equilibrati (logici e sostenibili, diremmo in termini di diritto amministrativo), ma di cogliere ancor prima il *genius loci* e quelle identità (collettive, culturali, spirituali) di cui è fatta la sostanza dei territori.

Se non si è in grado di cogliere e coniugare nel caso concreto, nelle varie iniziative, mediante un sapiente uso della discrezionalità, quel che enfaticamente veniva denominato “lo spirito del popolo”, le pur necessarie semplificazioni e facilitazioni – ad esempio le deroghe alla disciplina degli usi e delle attività consentite – potrebbero non essere utili o, addirittura, divenire occasioni di disparità di trattamento. Senonché, come detto, non è possibile parlare di rigenerazione in modo disuguale (si tratterebbe di meri rappezzi, non di processi duraturi).

Tutto quanto sopra non è esente da problemi. Prescindendo in questa sede da tematiche non strettamente giuridiche, ci si limiterà ad evidenziare come il principale rischio insito nelle predette caratteristiche e in una visione della mate-

¹⁰¹ Si è già accennato, in precedenza, alle modifiche apportate alla Costituzione per quanto concerne il profilo della tutela ambientale e le relative implicazioni per le generazioni future. Il tutto presuppone quindi la valorizzazione del principio di fraternità applicabile, però, anche a chi ancora non è. Si tratta (la *fraternité*) dell'unico principio rivoluzionario che, nella libertà, può condurre a processi rigenerativi duraturi, sostenibili, compatibili con il principio di uguaglianza. In generale, sul principio di fraternità cfr. I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità costituzionale: “come se” fossimo fratelli*, Napoli, 2011; F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2016.

¹⁰² Per una disamina del principio di eguaglianza e delle sue accezioni cfr., da ultimo e per la sua completezza, A. D'Aloia, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio 'sconfinato'*, in *Rivista AIC*, 2021, 4.

ria di tipo olistico, potrebbe essere quello dell'espansione e quindi della conseguente successiva disaggregazione e destrutturazione delle relative funzioni ed attività. Ma non è forse quello che è già avvenuto con la contrattualistica pubblica, dove, dall'originario e cristallino impianto liberale della legge fondamentale sui lavori pubblici, quindi della contabilità di stato, si è passati alla complessa centralità delle clausole sociali ed ambientali, alla promozione della resilienza, al perseguimento di interessi *altri* quali la lotta alla criminalizzata organizzata e alle discriminazioni di genere¹⁰³?

Non è quindi estraneo ai processi in questione – e al diritto positivo – il fatto che anche l'urbanistica si faccia carico di questi interessi "altri". È ciò che sta avvenendo in alcune leggi regionali quali ad esempio quella della Regione Emilia Romagna, dove, rispetto ad una logica compensativa meramente economica (l'uguaglianza ripristinata attraverso compensazioni monetarie e extra-oneri richiesti in una logica di tipo fiscale-proprietario), il legislatore ha iniziato a porsi il problema di una visione di più lunga durata, considerando quindi la coesione sociale, il rispetto per l'ambiente, la cultura e quindi la promozione di tutto ciò che sia "trascendente" (nel senso di non materialmente immanente e che trascenda pertanto il tempo breve dei piani), come un preciso dovere verso le generazioni future¹⁰⁴.

Quanto sopra, e cioè la contemporanea complessa esistenza di una pluralità di interessi distinti e a volte contrapposti, da astrattamente coordinare nel tempo con le differenti realtà sociali, può quindi essere plasticamente rappresentato da una piramide rovesciata dove, alla grande base (in alto), sia posta la lunga fila di materie (dall'energia alla cultura), normative (dal diritto urbanistico a quello del terzo settore), interessi, strumenti di cui si compone la funzione rigenerativa, mentre al vertice rovesciato, quindi in basso, vi sia il piccolo spaccato di realtà che dovrebbe essere illuminato, interpretato e casomai discrezionalmente deciso grazie alla rarefatta discesa di ciò che si trovi in alto. La base è insomma spezzettata, divisa, destrutturata, quindi *necessariamente complessa*, mentre i casi – anche quelli problematici – sono, in termini di fatto, generalmente semplici e minuti: vi è (per esempio) chi prega – spesso – nella propria sede, senza aver costituito

¹⁰³ La funzionalizzazione della contrattualistica pubblica per fini altri è avvenuta in modo "massiccio" a partire dalla legge 55/1990 (intitolata Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, cd. Legge antimafia), che ha introdotto pregnanti adempimenti per le verifiche antimafia in capo, tra l'altro, non solo ai contraenti enti pubblici, ma anche agli appaltatori privati. Il costo delle verifiche è stato insomma addebitato agli operatori, che si sono dovuti strutturare creando veri e propri uffici interni (detti "antimafia") aventi lo scopo di vagliare la corposa documentazione prevista dalla normativa per rilasciare le autorizzazioni a subappaltare. È quel che è poi avvenuto con gli uffici di prevenzione della corruzione. In un singolare ribaltamento dei ruoli, i compiti ed i costi relativi quindi alla promozione della legalità e della "moralità" (si pensi alle complesse dichiarazioni di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici), alla lotta contro le discriminazioni, alla tutela dell'ambiente e delle esigenze sociali, sono stati insomma ora trasferiti dallo stato agli appaltatori.

¹⁰⁴ Per un commento alla normativa emiliano romagnola si rimanda alla bibliografia di cui alla nota n. 48.

un ente religioso altro¹⁰⁵, chi dipinge di colori accessi delle strisce pedonali (tipico caso di urbanistica tattica), chi occupa un immobile da tempo immemorabile abbandonato senza essersi costituito in ente del terzo settore ed aver previamente fatto domanda ed altro. La *complessità* non può pertanto essere ridotta ma solo analizzata, spiegata e, per essere fruita (al fine di poter risolvere i casi concreti), magari cristallizzata.

Si spera che i predetti frammenti, che abbiamo cercato di fissare, possano quindi servire per introdurre (nel futuro, ad opera degli studiosi) una nozione utile non solo per gli analisti ma altresì per fare in modo che bandi e progetti¹⁰⁶, via via da finanziare, possano essere chiari e contenere definizioni (in tal caso un po' più "chiuse", in epoca di risorse limitate) logiche e fruibile nei diversi concreti casi.

Non è escluso poi che dal rinnovato interesse per le città (grandi e piccole, borghi delle aree interne e montane compresi), unitamente al fatto che non dovrebbe essere possibile consumare ulteriormente suolo, possa quindi gemmare un vero e proprio diritto della rigenerazione territoriale¹⁰⁷, uno studio cioè volto ad approfondire, in modo interdisciplinare (si dovrebbe partire dai diritti reali e dai contratti, per arrivare poi ai piani, ai programmi e alle procedure), tutto ciò che non sia solo natura (la quale ha già le sue leggi) e che riguardi quindi, oltre ai centri "densificati" e "gentrificati", anche tutti gli spazi e i territori, già abitati o trasformati dall'uomo, da valorizzare in modo, *ça va sans dire*, sostenibile.

La sostenibilità e, soprattutto, la valorizzazione (all'interno della quale, fruendo delle suggestioni provenienti dal diritto dei beni culturali, potrebbero essere ricomprese anche la conservazione e la tutela)¹⁰⁸ dovrebbero costituire, in

¹⁰⁵ Ci si riferisce ai casi analizzati in P. Michiara, *Religione, urbanistica e terzo settore. Destinazioni d'uso in deroga, attività consentite e rigenerazione urbana nell'ermeneutica dell'art. 71 del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 117 (Codice del terzo settore)*, cit., al quale si rimanda. Nel saggio si sono analizzate alcune note vicende relative alla chiusura di centri di preghiera islamici e alla cancellazione di associazioni di promozione sociale di tendenza dall'albo delle APS. Si è visto come la complessità giuridica delle tematiche (afferenti a svariate e diverse discipline normative), pur se mitigata dall'estrema semplicità dei fatti (alcune persone che, in un capannone dismesso, si rivolgono al cielo per pregare), spieghi il perché accade che casi come quelli esposti possano, pur appunto nella loro semplicità, essere risolti in modo illogico portando a risultati ed effetti inintenzionali: ciò avviene probabilmente perché, pur essendo la sommità un puntino, la base (normativa) è appunto plurima, complessa, destrutturata e frammentata.

¹⁰⁶ Il ragionare sui concetti potrebbe essere utile *proprio* nell'ambito dei bandi di rigenerazione. Ciò al fine di evitare che la competizione si trasformi in ulteriore marginalizzazione di chi dovrebbe invece essere aiutato ad uscire da situazioni di degrado e minorità. In altre parole. Le selezioni volte ad attribuire incentivi monetari finalizzati, non dovrebbero contenere nozioni (per esempio di capacità progettuale, di rigenerazione ecc.) tali da favorire solo chi sia in grado di pagare professionisti ed esperti di gare. In tal caso vincerebbe sempre e tutto chi ha già i mezzi per progredire.

¹⁰⁷ In tal senso si pronuncia G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, cit., 225.

¹⁰⁸ L'art. 6 del D.lgs. 42/2004 (Codice dei beni culturali), come noto, definisce la valorizzazione come "esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica". La medesima norma specifica quindi che la valorizzazione comprenda la promozione ed il sostegno degli interventi rivolti alla conservazione del patrimonio culturale e deve essere attuata in forme compatibili con la tutela.

quanto concetti positivi e non negativi, le parole chiave e ricorrenti di questa nuova sensibilità¹⁰⁹.

Il tradizionale concetto del recuperare ciò che sia *degradato* rischia infatti di essere, come si è visto, una nozione, oltre che negativa, insufficiente (occorre rigenerare anche ciò che non sia fatiscente), indeterminata (quale sarebbe il grado di decadenza tale da far scattare il dovere del recupero?) o addirittura controproducente: è normale che chi si senta definire come degradato si aspetti di essere assistito, non sviluppi autonome iniziative o si senta legittimato addirittura a fuoriuscire dalla legalità.

Si rileva, per concludere in modo positivo, come potrebbe quindi iniziare a delinearci un codice (atlante teorico, didattico, non normativo) della valorizzazione dei territori urbanizzati. Nello stesso potrebbero quindi dialogare, e forse convivere in modo armonico, tutte le branche della scienza giuridica a partire dalla base comune (le obbligazioni ed i regimi proprietari) per arrivare al diritto degli enti locali, del governo del territorio e delle reti (urbanistica, edilizia, ma anche ambiente, energia, servizi pubblici, digitalizzazione), dei beni culturali e del paesaggio, della ormai iperfunzionalizzata contrattualistica pubblica, dei servizi socio-sanitari e del terzo settore, della finanza pubblica e dei tributi. Non è che un inizio.

Sull'argomento si rinvia a D. Vaiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011; G. Severini, *Commento agli artt. 6 e 7*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 50 ss.; S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 2, 403 ss; L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciuolo, *Diritto del patrimonio culturale*, cit. Cfr. altresì, in relazione all'intervento dei privati nella valorizzazione dei beni culturali, M.C. Spina, *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali e forme di intervento privato: contratto di sponsorizzazione e digitalizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 2, 139 ss.

¹⁰⁹ Si rileva come il tema della sostenibilità sia ora indissolubilmente legato a quello dell'energia e come il tutto possa essere indagato proprio in relazione alla tematica (del diritto e non solo) delle città. Senza *energia* la città sarebbe, del resto, buia, silente, inattiva. Per quanto riguarda la tematica, in un'ottica che cerchi di coniugare sviluppo, sostenibilità, ambiente, cfr. da ultimo la completa ricostruzione effettuata da F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 1, 53 ss.

La rigenerazione dei territori urbanizzati. Frammenti di una nozione

Potrà il rinnovato interesse per la città, nelle sue diverse dimensioni (grandi e piccole, borghi delle aree interne e montane compresi), unitamente al fatto che non dovrebbe essere possibile consumare ulteriormente suolo, contribuire alla creazione di un vero e proprio diritto della rigenerazione territoriale? Se sì, quali potranno essere le caratteristiche di questa branca e, soprattutto ed ancor prima, potrà la stessa fondarsi su una nozione di rigenerazione che superi il tradizionale concetto del recupero fisico strutturale di ciò che sia degradato?

L'articolo, senza aver l'ambizione di fornire una risposta compiuta ai predetti interrogativi, cerca di ricostruire una nozione che possa essere di una qualche utilità per lo studioso che dovesse essere chiamato, a vario di titolo, ad intervenire nell'approfondimento delle tematiche inerenti alla rinnovazione dei territori e dei tessuti urbani.

Urban regeneration. An introduction

Can the renewed interest in the city, in its various forms (big and small, country and mountain villages), alongside the fact land consumption is no longer viable, contribute to the creation of a proper urban regeneration law?

If so, what would be the features of such a law and, moreover, could it be based on a notion of regeneration that goes beyond the traditional concept of the physical renovation of decaying urban areas?

The scope of this article, without aiming to provide a ready made answer to the questions above, attempts to reconstruct a notion useful to researchers analysing urban regeneration.

Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione

Marco Gaetano Pulvirenti

SOMMARIO: 1. Buona fede soggettiva ed oggettiva. – 2. La buona fede nel diritto amministrativo. – 3. Collaborazione e buona fede come principi della funzione amministrativa. – 4. Collaborazione e buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente. – 5. Collaborazione e buona fede come obblighi del privato nei confronti della pubblica amministrazione. – 6. Spigolature su collaborazione e buona fede nel processo amministrativo.

1. *Buona fede oggettiva e soggettiva*

L'art. 12, comma 1, della legge 11 settembre 2020 n. 120, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2010, n. 76, ha introdotto il comma 2-*bis* nell'art. 1 della legge n. 241/1990, stabilendo che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede¹.

Per la verità, il richiamo alla “collaborazione” non è nuovo nella legge n. 241/1990, in quanto già indicata all'art. 15 e riferito ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni e con riguardo alle attività di interesse comune².

Sebbene la norma richiami genericamente la “buona fede”³ sembra riferirsi alla buona fede oggettiva che tutela il rapporto tra amministrazione e cittadino

¹ Per un primissimo commento vedi S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, Milano, 2020, 399 ss.

² Cfr. R. Ferrara, *Art. 15*, in M.S. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 779 ss.

³ Come notato da F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 8 «non è un principio costituzionale, è anche un principio costituzionale». Pare opportuno ricordare che la Costituzione federale della Confederazione Svizzera, all'art. 5 *Stato di diritto*, impone agli «Organi dello Stato, autorità e privati» di agire «secondo il principio della buona fede» (comma 3). Sem-

da un «agire sleale o scorretto»⁴, anche se la dottrina civilistica⁵ ha da tempo teorizzato anche la buona fede soggettiva, sulla scorta dell'art. 1147, comma 1 c.c.⁶, quale ignoranza di ledere l'altrui diritto⁷ («condizione gnoseologica di chi versa nella condizione incolpevole di agire iure»⁸) e, più in generale, come stato della coscienza caratterizzato dalla convinzione di agire in conformità al diritto (convinzione derivante da una erronea rappresentazione della realtà). Invero, il nuovo comma 2-*bis* sembra riferirsi più a regole di condotta e di interpretazione nei rapporti tra amministrazione e cittadino, che all'inconsapevolezza di ledere diritti altrui, peraltro difficilmente ipotizzabile con riguardo alle pubbliche amministrazioni⁹, stante l'impossibilità di dare rilevanza, nel loro comportamento, ad uno stato psicologico che non può in nessun caso essere proprio di esse¹⁰.

Invece, riferito al cittadino talvolta assume rilievo la buona fede soggettiva. Ad esempio, nel diritto urbanistico: si pensi alla posizione del terzo acquirente di buona fede dell'immobile in caso di confisca urbanistica per lottizzazione abusiva (formale o materiale)¹¹. La giurisprudenza in queste ipotesi si muove

brano propendere per una lettura unitaria A. Torrente, *Buona fede*, in *Enc. for.*, I, Milano, 1958, 796 ss.; S. Romano, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss.

⁴ L. Carraro, *Il valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in Aa.Vv., *Studi Carnelutti*, III, Padova, 1950, 435.

⁵ Già F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 266 ss. distingue la buona fede in senso oggettivo come regola, e in senso soggettivo come «guisa dell'intenzione».

⁶ V. L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1988, 154 ss.

⁷ A. Montei, *Buona fede*, in *Novis. Dig. It.*, II, Torino, 1968, 603, scorta di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 69 ss., individua quattro differenti categorie di buona fede alla luce delle disposizioni codicistiche: atteggiamento della coscienza consistente nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto; credenza nell'apparenza di un rapporto qualificante che legittima la controparte a disporre del diritto; lealtà nel trattare nella conclusione delle trattative; criterio ermeneutico di interpretazione del contratto nonché criterio di condotta di adempimento delle obbligazioni.

⁸ A. Piraino, *La buona fede in senso soggettivo*, Torino, 2015, 2.

⁹ S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, in Aa.Vv., *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 25 ss.

¹⁰ A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 69.

¹¹ Sul profilo della lottizzazione formale o materiale va richiamata la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 dicembre 2015, n. 5560, per la quale l'art. 30 del T.U. edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) «distingue due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva a scopo edificatorio»: «lottizzazione materiale (o reale), quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione»; «lottizzazione formale, negoziale ovvero cartolare», «quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio». La «lottizzazione abusiva materiale» ricorre «nel caso di realizzazione di opere che comportano la trasformazione urbanistica e edilizia dei terreni, sia in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, approvati o adottati, ovvero di quelle stabilite direttamente da leggi statali o regionali, sia in assenza della prescritta autorizzazione, mentre la lottizzazione abusiva formale o cartolare si verifica quando, pur non essendo ancora avvenuta una trasformazione lottizzatoria di carattere materiale, se ne siano già realizzati i presupposti con il fra-

tra l'affermazione dell'irrilevanza dello stato di buona o mala fede (fondandosi la lottizzazione abusiva sul dato oggettivo dell'intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti in buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante)¹² e il rilievo all'opposto della relazione tra diligenza e affidamento¹³, con cui ha affermato l'illegittimità del provvedimento in applicazione della regola della diligenza¹⁴. Sulla questione va ricordata la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha affermato che la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale – coscienza e volontà – con i fatti¹⁵. Mentre la Corte costituzionale ha sottolineato come il terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica, non può in nessun caso subire la confisca¹⁶.

Altro esempio è quello di somme indebitamente attribuite ai privati ma da essi percepite in buona fede, il cui recupero è considerato illegittimo dalla dot-

zionamento e la vendita (o altri atti equipollenti) del terreno in lotti che, per le specifiche caratteristiche, quali la dimensione dei lotti stessi, la natura del terreno, la destinazione urbanistica, l'ubicazione e la previsione di opere urbanistiche, e per gli altri elementi riferiti agli acquirenti, evidenzino in modo non equivoco la destinazione ad uso edificatorio, creando così una variazione in senso accrescitivo tanto del numero dei lotti quanto di quello dei soggetti titolari dei diritti sugli stessi, col risultato di stravolgere l'assetto del territorio preesistente e di realizzare un nuovo insediamento abitativo, determinando un concreto ostacolo alla futura attività di programmazione del territorio (che viene posta di fronte al fatto compiuto) e un nuovo e non previsto carico urbanistico».

¹² Si veda la ricordata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 dicembre 2015, n. 5560. Per Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2014 n. 1589, sembrerebbe «irrilevante l'asserita buona fede degli acquirenti, i quali in ipotesi facciano risalire la responsabilità della lottizzazione abusiva esclusivamente ai loro danti causa, trattandosi di una situazione in cui rileva, dal punto di vista urbanistico, la sussistenza di un abuso oggettivo, fermo restando che la tutela dei terzi acquirenti di buona fede, estranei all'illecito, può essere fatta valere in sede civile nei confronti dell'alienante».

¹³ Si consideri che in base a Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2019, n. 3750, è l'amministrazione, nell'emanare l'ordinanza di cui all'art. 30 T.U., a dover provare la mala fede del terzo acquirente, che in mancanza di ciò non potrebbe essere sanzionato.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2017, n. 4400.

¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 20 gennaio 2009, *Su. Fo. s.r.l. e altri contro Italia*.

¹⁶ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49. Cfr. E. Marzaduri, *Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta prescrizione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva*, in *Giust. pen.*, 2016, num. 2, parte III; V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, 421 ss.; E. Nicosia, *Prescrizione del reato e confisca "urbanistica" dopo le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale, nota a Cassazione Penale, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 45428*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1210 ss.; V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, n. 2/2015; A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, n. 4/2017; F. Biondi, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019; C. Caruso, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, 1985 ss.; L. Filippi, *Il conflitto tra la Corti europee e la Consulta*, in *Arch. Pen.*, 2015, 840 e ss.; S. Sonelli, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza "trial and error" della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2015, 1155 ss.

trina¹⁷, nonché espressamente escluso per ciò che attiene alla riscossione di rate di pensione erogate dall'INPS e non dovute (in quest'ultimo caso, però, la legge più che alla buona fede fa riferimento all'assenza di dolo dell'interessato)¹⁸. Si pensi, ancora, all'affidamento incolpevole maturato a seguito del comportamento dell'amministrazione, e, infine, alla figura del funzionario di fatto e, in particolare, alla particolare ipotesi del matrimonio putativo disciplinata dall'art. 113 c.c. al fine di tutelare la sfera giuridica delle parti del negozio matrimoniale.

2. *La buona fede nel diritto amministrativo*

Sebbene il principio in parola abbia trovato tradizionalmente la sua sistemazione nell'ambito del diritto civile¹⁹, anche sulla scorta della derivazione romanistica²⁰, il riferimento alla buona fede quale canone del comportamento dell'amministrazione in realtà non è del tutto nuovo, in quanto già da tempo²¹ teorizzato dalla dottrina²² e ammesso in taluni casi anche dalla giurisprudenza. L'innovazione oggi risiede nell'essere adesso anche vizio di legittimità del provvedimento (in quanto la sua violazione determina violazione di legge). Inoltre, il rispetto della buona fede è ora imposto anche al cittadino nei confronti dell'amministrazione²³.

Inizialmente la dottrina non era concorde nella possibilità di riferire il dovere di buona fede alla pubblica amministrazione, escludendolo per via del noto dogma dell'immunità²⁴ ovvero per considerarlo inutile ed inapplicabile²⁵, eviden-

¹⁷ E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 320.

¹⁸ Art. 52, comma 2, della legge 9 marzo 1989, n. 88 e art. 13 legge 30 dicembre 1991, n. 412.

¹⁹ Va sul punto ricordato che il codice civile del 1865 era imperniato sugli elementi della volontà e della libertà negoziale (entrambi tipici di una economia liberale), mentre l'attuale codice del 1942 ha messo al centro l'imposizione di clausole generali, come la buona fede, la correttezza, la diligenza del buon padre di famiglia, il buon costume e l'abuso del diritto.

²⁰ G. Grosso, *Buona fede (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, V, 1959, 661 ss.; P.D. Senn, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. civ.*, II, Torino, 1998, 129 ss.

²¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 607, si lamentava dell'assenza all'epoca di ricerche moderne sulla buona fede, come invece era avvenuto nel diritto privato.

²² Cfr. *ex multis* F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 121 ss.; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968; F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 134 ss.

²³ La biunivocità del dovere di buona fede nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione era già stata anticipata da F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione. Atti del Convegno di Copanello, 25-26 giugno 2004*, Torino, 2005, 111 ss.

²⁴ V. G.U. Rescigno, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 415 ss.

²⁵ E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünnhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pub.*, 1936, 556 ss.

ziando il fondamento della certezza del diritto²⁶, salvo ammetterne l'utilizzabilità nell'ambito dei rapporti di diritto privato dell'amministrazione²⁷.

Successivamente l'applicabilità è stata ammessa in quanto considerato espressione del principio di imparzialità²⁸, o comunque perché inteso come elemento dello statuto giuridico dell'azione amministrativa²⁹. È stato del resto sottolineato che, sulla base delle esperienze del *common law*, molti principi sorti nel diritto privato³⁰ sono divenuti canoni generali dell'azione amministrativa³¹. Analogamente, la collaborazione intesa come onere già intercorrente tra le parti del contratto si è ritenuta trasponibile nei rapporti tra istituzioni e cittadino³².

La giurisprudenza tende da tempo a dare rilievo ai principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dei contratti pubblici³³. Nel codice del 2016 (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) è infatti espressamente richiamato il principio di correttezza³⁴

²⁶ F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 8.

²⁷ M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, ora in Id., *Scritti*, vol. I, Milano, 2000, 141 ss. e 371 ss.

²⁸ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 816; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 57 ss.

²⁹ Si vedano le considerazioni in S. Cimini, *Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.*, in F.G. Scoca, A.F. Di Sciascio (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, 2015, 124; F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, 2003, 472.

³⁰ S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, 36, ha comunque evidenziato che tradizionalmente l'area del diritto amministrativo diminuisce a favore del diritto privato nel senso che figure giuridiche, situazioni giuridiche, atti, hanno la forma del diritto privato, ma sono dominati dal soggetto pubblico e, quindi, dalla volontà pubblica.

³¹ M. D'Alberty, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1023 ss.

³² Così F. Benvenuti, *Suggerimenti in tema di contratto tra diritto privato e pubblico*, in *Dir. e proced. am.*, 2007, 10. Giova ricordare il richiamo, operato dalla Corte di giustizia, all'affidamento quale principio generale dell'ordinamento comunitario (si veda *ex multis*, la sentenza 3 maggio 1978, C-112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*), tenuto conto che ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990 l'attività amministrativa è soggetta ai principi dell'ordinamento comunitario (v. G. Della Cananea, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2017, 133 ss.).

³³ Si consideri infatti la sentenza n. 7543 del 2002 della Corte di Cassazione, per la quale: la «buona fede in esecuzione del contratto è dovere di solidarietà, a prescindere dagli obblighi contrattualmente previsti, in ossequio al principio del *neminem laedere*. La buona fede è violata, non solo se la parte agisce in danno dell'altra (con il proposito, cioè, di recare pregiudizio), ma è sufficiente che il comportamento tenuto sia oggettivamente contrario a buona fede e correttezza». Sul principio di collaborazione procedimentale, v. S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008. Si deve ad A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, *Agg.*, Milano, 1998, 984 ss., e a A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, la distinzione tra condotte contrarie alla collaborazione, che danno luogo ad illegittimità del provvedimento finale, e condotte non collaborative, irrilevanti per il contenuto dispositivo del provvedimento.

³⁴ La sostanziale equivalenza tra correttezza e buona fede oggettiva è stata ripresa, tra gli altri, da S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. integrata 2004, 119 ss., 132 ss., e F. Mangano, *op. cit.*, spec. 113 ss. Storicamente si è distinto tra buona fede e correttezza, ritenendo la seconda come rela-

nell'affidamento e nell'esecuzione degli appalti pubblici (art. 30), come già prima similmente avveniva con il precedente codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) agli artt. 2 comma 1 e 6 comma 5. Su queste premesse, per la Cassazione «l'obbligo di correttezza e buona fede deve improntare tutti i comportamenti giuridici, traggano gli stessi titolo da rapporti di natura contrattuale, da rapporti in cui ad uno dei soggetti viene attribuita una posizione di preminenza, da diritti potestativi, o anche in ipotesi di rapporti non nati da un contratto»³⁵, mentre il Consiglio di Stato ha sottolineato che l'interpretazione delle clausole contrattuali «avviene secondo i principi ermeneutici generali che danno rilevanza alla buona fede»³⁶.

Si è allora ritenuto che «in seno ad un procedimento ad evidenza pubblica può configurarsi, accanto ad una responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo, derivante dalla illegittimità degli atti o dei provvedimenti relativi al procedimento amministrativo di scelta del contraente, una responsabilità di tipo precontrattuale per violazione di norme imperative che pongono “regole di condotta”, da osservarsi durante l'intero svolgimento della procedura di evidenza pubblica. Le predette regole “di validità” e “di condotta”, come ribadito più volte dalla giurisprudenza amministrativa, operano su piani distinti: non è necessaria la violazione delle regole di validità per aversi responsabilità precontrattuale e, viceversa, la inosservanza delle regole di condotta può non determinare l'invalidità della procedura di affidamento»³⁷. In altri casi si è ammessa la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione-stazione appaltante che, con la propria condotta, abbia ingenerato nell'interlocutore il legittimo affidamento relativo alla futura conclusione del contratto, anche per effetto della condotta successiva all'e-

tiva a doveri di carattere negativo, mentre la prima imporrebbe obblighi di carattere positivo (E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, 1953, 68). Altri avevano invece proposto che la buona fede trovasse attuazione nei rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza nei rapporti che non hanno origine contrattuale (L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, 1948, 2 ss.). La questione sembra essere oramai risolta nel senso della loro analogia anche per la giurisprudenza (Cass., 10 maggio 2002, n. 6763), oltre che per la dottrina (L. Bigliuzzi Geri, *op. cit.*, spec. 169; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 9 ss.; L. Rovelli, *Correttezza*, in *Dig. disc. priv. civ.*, vol. IV, Torino, 1989, 423 ss., M. Bessone, A. D'Angelo, *Buona fede*, in *Encicl. Giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1988, 1 ss.

³⁵ Cass. 11 gennaio 2006, n. 264.

³⁶ Cons. Stato 3 marzo 2004, n. 1058. È stato del resto ribadito che le clausole di gara ambigue o equivoche devono essere interpretate nel senso di favorire, anziché limitare, la partecipazione degli aspiranti alla gara: rileva, infatti, un puntuale interesse pubblico a una maggiore concorrenza e a un confronto più ampio possibile di offerte (Cons. Stato 25 marzo 2002, n. 1695), e quindi le offerte «non possono essere assoggettate a processi di adattamento e di trasformazione o anche di presuntiva interpretazione della reale volontà dell'offerente, diversa in ipotesi da quella obiettivamente manifestata, in quanto così facendo si violerebbe il [...] principio di buona fede e si lederebbe, inoltre, il criterio della *par condicio* dei concorrenti» (Cons. Stato 15 ottobre 1986, n. 546). V.B. Mastropietro, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *www.judicium.it*.

³⁷ Cons. Stato sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245 e Cons. Stato sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662.

spletamento della procedura selettiva³⁸, come anche nell'ipotesi di ingiustificata rottura delle trattative³⁹. Sul punto va ricordato che la giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione si può configurare anche nei momenti precedenti all'aggiudicazione definitiva, sia prima che dopo la pubblicazione del bando⁴⁰.

È stato inoltre riconosciuto il diritto di non sottoscrivere il contratto in caso di inerzia dell'Amministrazione, in applicazione dei principi di buona fede e correttezza⁴¹, così come si è ritenuto che l'amministrazione che decida di non portare a termine la procedura di *project financing* deve comunque rispettare le regole di correttezza e buona fede⁴². Più in generale, la violazione delle regole di correttezza e buona fede è stata spesso ricondotta dalla giurisprudenza nell'ambito della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante⁴³ (per via del generale dovere di «comportarsi secondo buona fede» enunciato dall'art. 1337 c.c. durante lo svolgimento delle trattative prenegoziali), anche in base alla configurabilità del ragionevole affidamento incolpevole del privato ingenerato da un provvedimento di aggiudicazione successivamente annullato in esecuzione di una pronuncia giudiziale⁴⁴. Peraltro, il Consiglio di Stato ha anche ritenuto l'applicabilità dei principi di correttezza e buona fede a "parti invertite" nelle trattative con la pubblica amministrazione, riconoscendo la legittimazione di quest'ultima ad agire per il risarcimento del danno derivante dal comportamento scorretto del privato⁴⁵.

Nello svolgimento dell'attività autoritativa, parte della giurisprudenza ha tradizionalmente escluso l'applicabilità della buona fede, ritenendola, al pari della correttezza, prerogativa solo dei rapporti *jure privatorum*, in quanto speculare al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere,

³⁸ T.A.R. Molise, sentenza 26 marzo 2019, n. 117.

³⁹ Cons. Stato Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532

⁴⁰ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha anche chiarito i presupposti concreti per la sua configurabilità, specificando il principio generale per cui il risarcimento è dovuto quando l'ente pubblico non ha adempiuto ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, nonostante l'incolpevole affidamento ingenerato nel privato.

⁴¹ T.A.R. Toscana, Firenze, 9 giugno 2020, n. 687.

⁴² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 27 luglio 2021, n. 8981, in cui si è inoltre evidenziato che qualora emerga che l'amministrazione abbia tenuto un comportamento contrario alle regole di correttezza e buona fede e violativo del diritto ad autodeterminarsi correttamente nell'esercizio dell'attività negoziale, l'interessato potrà far valere la sua responsabilità precontrattuale, senza però che il soggetto individuato come promotore possa pretendere la conclusione positiva del suddetto procedimento sulla base di un ingenerato affidamento.

⁴³ Consiglio di Stato, Sez. II, 20/11/2020 n. 7237.

⁴⁴ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

⁴⁵ Cons. Stato 31 dicembre 2020, n. 8546. Nella pronuncia ad ogni modo è stato però escluso che la non veritiera compilazione della dichiarazione sostitutiva cumulativa, per mancanza dei requisiti morali richiesti per l'aggiudicazione del contratto pubblico (ossia il comportamento astrattamente scorretto dell'impresa aggiudicataria) fosse in concreto una colpevole omissione, che potesse giustificare la domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale.

«al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo»⁴⁶.

In altri casi la giurisprudenza ha invece configurato l'applicazione della buona fede, quale fonte della responsabilità da comportamento scorretto, «che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza»⁴⁷.

Peraltro, sono considerate normalmente quali declinazioni della buona fede il dovere di informazione incombente sulla pubblica amministrazione (la cui violazione può determinare una responsabilità aquiliana per lesione del legittimo affidamento del privato)⁴⁸, il dovere di soccorso istruttorio (previsto in generale dall'art. 6 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990⁴⁹, e dall'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016 per quanto riguarda gli appalti pubblici), la predeterminazione dei criteri dell'azione amministrativa⁵⁰ e l'ingiustificato allontanamento dalla prassi⁵¹.

3. *Collaborazione e buona fede come principi della funzione amministrativa*

Nonostante si sia evidenziato che la buona fede costituisca una clausola generale che informa l'intera azione amministrativa⁵², il cui fondamento costituzionale viene variamente ricondotto all'art. 2 (e quindi al principio di solidarietà)⁵³,

⁴⁶ Cons. Stato 18 novembre 2002, n. 6389. Cfr. B. Lubrano, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. proc. am.*, 2003, 1247 ss. Successivamente il Consiglio di Stato (sentenza 26 settembre 2003, n. 5495) ha escluso un riscontro di legittimità di una procedura concorsuale «alla stregua dei principi di imparzialità e trasparenza, a cui si aggiungono, con una sorta di *vis expansiva*, quelli (della comune disciplina di diritto privato) della correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)», ritenendolo inconciliabile con la «fisionomia pubblicistica» della procedura. V. M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giorn. dir. am.*, 2004, 404 ss.

⁴⁷ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁴⁸ Cass., sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424; cfr. L. Ferrara, *Profili problematici della responsabilità della pubblica Amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pub.*, 2004, 748 ss.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10228.

⁵⁰ A. Police, *op. cit.*, 67 e ss.

⁵¹ L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 61.

⁵² V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 1111; Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384; 26 gennaio 2011, n. 550; Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., ss.uu. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

⁵³ E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, vol. I, 371 ss.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 147; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, 125 ss..

all'art. 28⁵⁴ o all'art. 97 e in particolare ai principi di buon andamento⁵⁵ e di imparzialità (nonché a quello di ragionevolezza)⁵⁶, come anche all'efficienza pubblica⁵⁷ (alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁸), essa è stata normalmente intesa non come parametro della legittimità degli atti amministrativi, ma solamente come regola di condotta⁵⁹, da valutare essenzialmente in sede risarcitoria. Si riteneva infatti che fosse una “regola di diritto privato” (perché non aveva ad oggetto il provvedimento), che riguardava il comportamento⁶⁰, sebbene collegato indirettamente all'esercizio del potere, e pertanto la sua violazione non dava vita ad invalidità provvedimento, ma unicamente a responsabilità⁶¹. Ancora di recente l'adunanza plenaria⁶² ha del resto ritenuto di distinguere nettamente i piani della legittimità del provvedimento e della correttezza del comportamento, financo assumendo la responsabilità da comportamento scorretto nonostante la legittimità del provvedimento relativamente a profili inerenti alla buona fede. Quest'ultimo orientamento, peraltro, non è nuovo, ma risultava già evidenziato nel 2018, allorché sempre l'adunanza plenaria aveva affermato la dissociazione tra le regole di validità dell'atto, incentrate sulla normativa di carattere pubblicistico e la lesione di interessi legittimi, e le regole di responsabilità dell'Amministrazione, basate sulla violazione dei diritti soggettivi derivanti dalla violazione del

⁵⁴ G.M. Racca, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1533 ss.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. VII, 7 novembre 2022, n. 9757 ha inteso collegare i principi di collaborazione e buona fede alla responsabilizzazione dell'operato delle pubbliche amministrazioni, anche nell'ottica della promozione di un rinnovato rapporto di fiducia nell'esercizio dei poteri pubblici.

⁵⁶ A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 223

⁵⁷ C.G.A., sentenza 16 maggio 2022, n. 585.

⁵⁸ Corte cost., sentenze 26 marzo 1990 n. 139 e 27 luglio 1992 n. 379. Cfr. D. Carcano, *Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 379/1992*, in *Cass. pen.*, 1992, 2951 ss.; L. Carlassare, *La giustizia e il “suo” ministro*, in *Giur. cost.*, 1992, 3319 ss.

⁵⁹ Proprio nell'ottica della buona fede come regola di condotta può essere inquadrata quella giurisprudenza che, p. es., ritiene che l'aver ricercato il documento richiesto presso i propri archivi, pur non avendolo ritrovato, integra il rispetto dei principi di collaborazione e buona fede, non potendosi richiedere all'amministrazione una ricerca ulteriore per tentare di rinvenire *alimunde* quanto domandato dal privato con l'istanza di accesso (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 6 ottobre 2022, n. 6184).

⁶⁰ Ricollega la buona fede al comportamento L. Giani, *op. cit.*, 122.

⁶¹ In questo senso si è espressa l'Adunanza plenaria nella sentenza già ricordata 4 maggio 2018, n. 5: «*diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)*».

⁶² Cfr. Cons. Stato, ad. plen., sentenza 29 novembre 2021, n. 21: «*le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltretutto distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi*».

canone che impone un comportamento improntato alla correttezza e buona fede da parte dell'Amministrazione⁶³.

Come principi della buona amministrazione, buona fede e collaborazione invece si declinano in una doverosità che deve informare l'attività dell'amministrazione. In sostanza l'espressa previsione legislativa della buona fede e della collaborazione⁶⁴ ne consente l'utilizzo, in caso di violazione, quale vizio del provvedimento in quanto violazione di norma di legge⁶⁵. In questi termini parrebbe essere orientata, per quanto ancora timidamente, anche la giurisprudenza⁶⁶. In realtà in non poche occasioni i giudici sembrano ammettere ancorché in via teorica l'illegittimità di un provvedimento per violazione del canone di buona fede imposto all'amministrazione nell'esercizio dei propri poteri, salvo poi decidere prescindendo da questo elemento⁶⁷.

Nella pratica ad ogni modo la buona fede tenderà a riguardare ipotesi per lo più già riconducibili a varie figure dell'eccesso di potere, come il legittimo affidamento⁶⁸ o lo sviamento, così rischiando di essere apprezzata solamente come riconoscimento legislativo di parametri di legittimità già noti all'ordinamento, ancorché non espressamente codificati. A tal proposito, si è detto che «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamen-

⁶³ V. Cons. Stato, ad. plen, 4 maggio 2048, n. 5.

⁶⁴ La collaborazione è già conosciuta nel diritto pubblico come leale collaborazione istituzionale, in cui i soggetti parte del rapporto sono posti su un piano di parità e si è sviluppata soprattutto nei rapporti tra lo Stato e le Regioni. Ad avviso della Corte costituzionale il principio in parola rende preferibile l'integrazione non conflittuale delle esigenze unitarie con quelle autonomistiche senza contrapposizioni dualistiche (Corte cost. 6 febbraio 2006, n. 63). Come è noto, la formulazione originaria del principio di leale cooperazione, nella forma della *Bundestreue* o della c.d. lealtà federale, si suole far risalire al pensiero di Rudolf Smend (*Unterschiedenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, originariamente apparso in Festgabe Otto Mayer, Tübingen, Mohr, e ora pubblicato in R. Smend, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino, 1968, 39 ss., traduzione di A. Anzon, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano 1995). In generale, sull'argomento, V. C. Bertolino, *Il principio di leale collaborazione nel policentrismo del sistema costituzionale italiano*, Torino 2007; R. Bin, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.; R. Bifulco, *La Cooperazione nello Stato unitario composto: le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica Federale di Germania e Spagna nell'Unione Europea*, Padova 1995, 80 ss.

⁶⁵ La pratica del resto conosce già casi in cui alla violazione delle regole di "comportamento" consegue la illegittimità del provvedimento, come nel caso dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, quando l'omissione impedisce un apporto collaborativo capace di incidere sugli esiti procedurali, o dell'omessa valutazione delle memorie o dei documenti presentati dai privati rilevanti ai fini della decisione. Entrambi gli esempi sono riportati da E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 181.

⁶⁶ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 27 ottobre 2020, n. 8329; Id., 10 novembre 2020, n. 8230; T.A.R. Lombardia, Milano, 7 ottobre 2021, n. 2204.

⁶⁷ V., tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2021, n. 5758; T.A.R. Lombardia, Milano, 1 marzo 2022, n. 654; T.A.R. Sicilia, Catania, 13 luglio 2022, n. 1875.

⁶⁸ V., p. es., Cons. Stato, sez. II, 12 gennaio 2021, n. 1448; T.A.R. Campania, Napoli, 7 novembre 2022, n. 6885. Distingue la buona fede dall'affidamento L. Giani, *op. cit.*, 123, che ritiene quest'ultimo relativo all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Diversamente, E. Zampetti, *op. cit.*, 175, ritiene che la tutela del legittimo affidamento rappresenti uno dei principali ambiti di applicazione del principio di buona fede.

to del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi»⁶⁹. Anche l'istituto del soccorso istruttorio procedimentale e la corretta comunicazione del preavviso di rigetto sono stati intesi come applicazioni dei principi di buona fede e collaborazione nell'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione⁷⁰.

Al tempo stesso però il richiamo a buona fede e collaborazione potrebbe favorire riletture in chiave di illegittimità di talune situazioni oggi normalmente considerate legittime. Si pensi, a titolo di esempio, al caso del cittadino che paghi tardivamente la contravvenzione in misura ridotta ex art. 202 C.d.S. senza che l'amministrazione lo informi tempestivamente del ritardo dimodoché il verbale costituisca titolo esecutivo per una somma pari alla differenza fra la metà del massimo edittale e l'acconto e conseguente emanazione di cartella di pagamento (in questo caso l'amministrazione dovrebbe, in buona fede, avvertire tempestivamente il cittadino dell'avvenuto pagamento dopo i cinque giorni per consentirgli di pagare entro il termine ordinario di 60 giorni, senza le maggiorazioni di legge). Si pensi ancora a tutti quei casi, frequenti nella prassi, in cui l'amministrazione faccia decorrere i termini di conclusione del procedimento per poi emanare tardivamente un provvedimento sfavorevole al cittadino (ovviamente nei casi in cui non trovi applicazione il silenzio-assenso): l'esempio tipico riguarda l'ordinanza di demolizione di un immobile ritenuto abusivo, adottata dopo un notevole lasso di tempo dalla comunicazione di avvio del procedimento, senza alcuna giustificazione⁷¹. Ancor più in generale, proprio nel caso di immobili abusivi, potrebbe pensarsi a tutti quei casi in cui l'amministrazione si attivi per l'accertamento dell'abuso dopo che la costruzione risulta da lungo tempo edificata, soprattutto

⁶⁹ Si veda la ricordata sentenza n. 21/2021 dell'adunanza plenaria. Il collegamento tra affidamento (incolpevole) e principio di buona fede è indicato anche in Cons. Stato, ad. plen., 14 luglio 2021, nn. 19 e 20.

⁷⁰ V. Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2022, n. 5825; Id., 19 maggio 2022, n. 5801.

⁷¹ Occorre comunque evidenziare che la violazione del principio del giusto procedimento ed in particolare della declinazione della ragionevole durata di esso è idonea ad ingenerare il legittimo affidamento del proprietario nella regolarità edilizia delle opere in lite (sul legittimo affidamento, va rimarcato che esso, oltre ad essere pacificamente ammesso dai giudici amministrativi – v. *ex multis* Cons. Stato, sez. II, 18 ottobre 2019, n. 7246 –, ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, a dar data dalla sentenza 03.05.1978, causa 112/77, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. contro Commissione delle Comunità europee*; v. in particolare la sentenza 17 dicembre 1998, causa C-186/96, *Stefan Demand contro Hauptzollamt Trier*). Va qui ricordato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rimarcato l'importanza della durata ragionevole del procedimento, che decorre dal momento dell'effettiva contestazione (C. eur. dir. uomo, 7 luglio 2014, *Grande Stevens contro Italia*; 22 febbraio 2016, *Olivieri e altri contro Italia*).

in presenza di espresse comunicazioni all'Amministrazione (per esempio, il regolare rilascio del certificato d'agibilità)⁷².

Improntato al rispetto della buona fede potrebbe poi essere inquadrato il caso in cui l'amministrazione decida in autotutela di annullare un provvedimento amministrativo sfavorevole al privato e che non produca effetti diretti nei confronti di terzi, pur dopo il decorso del termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies* legge n. 241 del 1990.

In ogni caso, comunque, buona fede e collaborazione rappresentano adesso modalità di svolgimento della funzione, anzi può ritenersi che il perseguimento dell'interesse pubblico presupponga il dispiegarsi dell'attività⁷³ in buona fede, senza però che quest'ultima si esaurisca nel primo⁷⁴. La buona fede (ma anche il principio di collaborazione) infatti non va intesa come un duplicato dell'interesse (pubblico) perseguito dall'amministrazione ma come un principio generale che deve ispirare ogni attività, sia che si svolga nelle forme del diritto pubblico o di quelle del diritto privato⁷⁵. In questo senso può allora non concordarsi del tutto con l'orientamento che, sul presupposto che la soggezione dell'amministrazione alle regole di diritto comune non può determinare la completa svalutazione delle differenze tra le posizioni dei contraenti⁷⁶, riteneva che la sua attività in quanto di pubblico interesse, ammetteva consistenti deroghe alla disciplina di diritto privato⁷⁷. In realtà, quantomeno con riguardo alla buona fede, andrebbe valorizzata

⁷² In questi casi la giurisprudenza ha comunque avuto modo di sottolineare che «nel caso in cui, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e per il protrarsi della inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato, si ravvisa un onere di congrua motivazione dell'ordine di demolizione dell'opera abusiva che, avuto riguardo anche alla entità e alla tipologia dell'abuso, indichi il pubblico interesse, evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato» (V. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 12 aprile 2011 n. 2266; Cons. Stato sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2705; Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2006; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I *Quater*, sentenza 26 gennaio 2005). Del resto nel caso in cui la situazione del privato si sia consolidata per effetto dell'inerzia protrattasi nel tempo dell'amministrazione, quest'ultima è tenuta a motivare compiutamente il provvedimento sanzionatorio, onde dimostrare l'attualità dell'interesse a ripristinare la situazione di fatto antecedente l'esecuzione delle opere, in quanto non sarà sufficiente un corredo motivazionale che renda ragione della mera illegittimità dell'opera, ma dovrà anche essere dimostrato che persiste l'interesse pubblico a ricondurre la situazione di fatto alle previsioni urbanistiche (T.A.R. Piemonte, Sez. I, sentenza 20 aprile 2005, n. 1094).

⁷³ F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1119 ss.

⁷⁴ L'esaurimento della buona fede nell'interesse pubblico è illustrato da F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 39 ss.

⁷⁵ Si vedano le riflessioni di G. Clemente Di San Luca, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2006.

⁷⁶ G. Perlingieri, *Compenso del professionista, finanziamento del progetto e clausola condizionale. Il ruolo della buona fede ex art. 1358 c.c. nei contratti della p.a.*, in *Dir. proc. am.*, 2011, 119 ss.

⁷⁷ M. Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 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.; L.V. Moscarini, *I contratti della Pubblica Amministrazione e la disciplina dell'art. 11 della l. 7.8.1990, n.*

la prospettata⁷⁸ unificazione delle regole del diritto privato e del diritto pubblico, così favorendo un «diritto comune che è diritto e basta»⁷⁹.

4. *Collaborazione e buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*

La norma costituisce una generalizzazione (seppur con almeno un distinguo, di cui si dirà appresso) della regola già introdotta nell'art. 10, comma 1, l. n. 212/2000 («i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede») a volte richiamata anche dalla giurisprudenza amministrativa prima dell'introduzione della disposizione oggi contenuta nella legge n. 241/1990⁸⁰. La previsione inserita nello Statuto dei diritti del contribuente vi aveva infatti dato pieno e formale riconoscimento in ambito tributario nei rapporti tra amministrazione finanziaria e contribuente, tanto che la giurisprudenza li ha considerati «criteri guida» dell'interpretazione delle norme tributarie, anche anteriori⁸¹. Anche in diritto tributario, comunque, non erano mancate voci dottrinarie favorevoli al riconoscimento dell'operatività della buona fede, pur prima dello Statuto, per via del carattere generale del principio⁸².

La previsione dell'art. 10 intende tutelare, come è ovvio, l'affidamento del contribuente circa la coerenza dei comportamenti dell'amministrazione finan-

241, in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, 67.

⁷⁸ F. Rinaldi, *Contributo allo studio della buona fede eterointegrativa e rimediabile: da fenomeno pregiudiziale a regola, pubblica e privata, di validità degli atti?*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2019.

⁷⁹ Il riferimento è alle tesi di S. Pugliatti in materia di proprietà. Cfr. M. Trimarchi, *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e Diritto Amministrativo*, Napoli, 2017, 23 ss. V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 1 ss., riprendendo il pensiero di Ranelletti e Kelsen, pone in evidenza l'ambiguità di una ripartizione per interessi: notando che «pubblico è ciò che attiene allo Stato, diceva Ranelletti. Pubblico è ciò che ha di mira gli interessi della collettività e non dei singoli [...]», sottolineando che nel pubblico la «gestione degli interessi» è eteronoma, cioè, «imposta dall'esterno (la "nozione eteronoma di norma secondaria", evidenziata da Kelsen)». Del resto, «sulla base di questi principi (anche se ragionevolmente e correttamente intesi, al di là delle contraddizioni e delle reticenze delle leggi che si sono sovrapposti negli ultimi anni), lo spazio del diritto privato nell'amministrazione pubblica resta uno spazio stretto, sia per i suoi limiti esterni (ciò che può essere privatizzato), sia per i suoi limiti interni (ciò che, una volta "privatizzato", può svolgersi immune da condizionamenti pubblicistici, dal subire l'ingresso di istituti pubblicistici)».

⁸⁰ Si veda la ricordata sentenza dell'adunanza plenaria n. 5/2018, oltre a T.A.R. Lazio, Roma, 31 ottobre 2018, n. 11561; Id., 20 marzo 2013, n. 3771; T.A.R. Campania, Napoli, 26 settembre 2018, n. 6345.

⁸¹ Cass. civ., sentenza 2 maggio 2005, n. 9407: le norme dello Statuto hanno determinato «un nuovo assetto dei rapporti tra amministrazione e contribuente, ispirato essenzialmente a principi di collaborazione, di cooperazione e di buona fede, che permeano tutto il tessuto normativo dello Statuto e che, seppur non sono in grado, in linea di principio di produrre veri e propri obblighi a carico dell'amministrazione anteriormente all'entrata in vigore della legge, costituiscono, tuttavia, criteri guida per orientare l'interprete nell'esegesi delle norme tributarie, anche anteriormente vigenti».

⁸² G. Marongiu, *Contributo alla realizzazione della "Carta dei diritti del contribuente"*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, 584 ss.; C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, 232.

ziaria. Al tempo stesso, però, essa riguarda anche la condotta del privato, il quale dovrebbe evitare comportamenti dilatori e capziosi o addirittura elusivi della pretesa tributaria. Questo è anche l'orientamento della giurisprudenza che ha più volte ribadito come il principio in parola riguardi sia l'amministrazione sia il contribuente in quanto entrambi devono ispirare la loro condotta ai canoni della lealtà e della collaborazione⁸³.

La norma contenuta nello Statuto ha sostanzialmente ripreso la giurisprudenza costituzionale⁸⁴ sul carattere di elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto della sicurezza del cittadino nella certezza giuridica, come anche le considerazioni della Corte di Cassazione⁸⁵ e della Corte di giustizia⁸⁶ sulla tutela dell'affidamento e del principio di ragionevolezza. Si tratta di una linea evolutiva che ha portato la Corte di Cassazione a ritenere che correttezza e buona fede debbano essere osservate non solo dall'amministrazione, ma anche dal legislatore nell'emanazione di norme tributarie⁸⁷.

La Corte di Cassazione ha del resto fatto varie volte applicazione dell'art. 10 citato, richiamandolo in tema di diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali, avendo avuto cura di precisare che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento determina di per sé l'illegittimità dell'atto impositivo emesso *ante tempus* «poiché detto termine è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale, il quale costituisce primaria espressione dei principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva»⁸⁸. Inoltre, in materia di imposta comunale sugli immobili ha ritenuto che «l'inosservanza di un adempimento che costituisce un presupposto solo formale per il godimento di un'agevolazione non impedisce di riconoscere il diritto al beneficio del contribuente che abbia i requisiti per usufruire dello stesso, tanto più ove essi risultino da documentazione in possesso dell'Amministrazione»⁸⁹.

⁸³ Cass. Civ., sez. V, ord. 18 giugno 2020, n. 11835; Cass. Civ., sez. VI, ord. 8 marzo 2019, n. 6792.

⁸⁴ Corte cost., sentenze 22 novembre 1985, n. 1349 e 14 luglio 1988, n. 822. Cfr. C. Garofalo, *La neutralizzazione dei periodi contributivi per disoccupazione al vaglio della Corte costituzionale: una sentenza dall'esito già scontato*, in *Riv. giur. lav. previd. soc.*, 2018, parte II, 96 ss.; R. Gindre, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in peius*, in *Giur. cost.*, 1988, parte I, 3878 ss.

⁸⁵ Cass. civ., sentenza 23 maggio 2003, n. 8146

⁸⁶ Corte di giustizia, sentenza 24 settembre 2002, c-255/2000, *G.I. s.p.a. contro Ministero delle Finanze*.

⁸⁷ Si vedano le sentenze della Cassazione 10 dicembre 2002 n. 17576 e 14 aprile 2004 n. 7080.

⁸⁸ Cfr. Cass. Civ., sez. V, ord. 25 giugno 2019, n. 16971; Cass. Civ., sez. VI, ord. 9 dicembre 2019, n. 32081; Cass. Civ., sez. VI 4 dicembre 2018, n. 31366; Cass. Civ., sez. VI, ord. 13 settembre 2018, n. 22299.

⁸⁹ Cass. Civ., sez. V, sent. 18 luglio 2019, n. 19316.

5. *Collaborazione e buona fede come obblighi del privato nei confronti della pubblica amministrazione*

La novella del 2020 parrebbe particolarmente innovativa soprattutto perché adesso, come anticipato, i principi della buona fede e della collaborazione sono imposti non solo all'amministrazione, ma anche al privato⁹⁰, il quale deve improntare i suoi comportamenti al rispetto di questi canoni⁹¹. Potrebbe allora leggersi la norma nella continuità con il principio costituzionale di democraticità (art. 1 comma 2 Cost.) da intendersi soprattutto in una prospettiva relazionale, piuttosto che unicamente garantista⁹², in quanto più che garantire i cittadini da un «potere» deve portare anzitutto alla costruzione di una «relazione» amichevole, ad un leale «confronto» tra cittadini e amministrazione⁹³.

La previsione del nuovo comma 2-*bis*, quindi, comporta adesso una ulteriore declinazione del principio di buona fede, che va inteso più che come canone della correttezza⁹⁴, come strumento della collaborazione tra il privato e la pubblica amministrazione. Non è infatti casuale che la norma accosti i due termini (collaborazione e buona fede) nella stessa previsione seppur tenendoli distinti. Sotto questo profilo apparirebbe più adeguata quella contenuta nello Statuto del contribuente,

⁹⁰ Cons. Stato, sez. II, 23 febbraio 2021, n. 2869. G. Taccogna, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro am., Cons. Stato*, 2008, 1313 ss., aveva già anticipato il carattere bilaterale del principio di leale collaborazione tra cittadino e pubblica amministrazione. La collaborazione del privato con l'amministrazione era già indicata in G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, 2010, 4; e in F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. am.*, 1993, 21 ss.

⁹¹ Con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica, la giurisprudenza era già pervenuta alla soluzione per cui non sussistevano ragioni per escludere che, nello svolgimento della procedura di gara, anche le parti private, concorrenti nella gara, erano impegnate all'osservanza, secondo la migliore diligenza, dei doveri di correttezza e lealtà propri di questa fase, tra i quali quello, pienamente esigibile e riconducibile al dovere di informazione, di far valere tempestivamente le ragioni di illegittimità o di irregolarità della gara che potessero condizionarne lo svolgimento al punto da decretarne la ripetizione integrale (T.A.R. Lazio, Roma, 30.11.2017 n. 11875), sul presupposto che la procedura di gara, essendo rivolta a selezionare un contraente dell'amministrazione, doveva inquadrarsi in un ambito che, ancorché soggetto ad una rigida procedimentalizzazione, restava oggettivamente precontrattuale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 04 aprile 2017, n. 1803; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 27 marzo 2017, n. 310; Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797).

⁹² G. Romeo, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. am.*, 1989, 411.

⁹³ S. Licciardello, *Il rapporto fra amministrazione e cittadino nel pensiero giuridico di Ignazio Maria Marino*, in *Jour. App. Cer. Com. Manag.*, 2016, 72.

⁹⁴ Proprio richiamandosi alla reciprocità del dovere di correttezza, il Consiglio di Stato ha rilevato che qualora non ricorrano fatti nuovi, sopravvenuti o meno, il cittadino non può reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o illustrare ulteriormente le sue ragioni; in questi casi l'amministrazione può limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non essendo configurabile, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato e amministrazione, che quest'ultima sia tenuta indefinitamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità (così Cons. Stato, ad. plen., 18 aprile 2006, n. 6).

che non a caso accomuna la collaborazione e la buona fede in un unico principio⁹⁵. Al contrario, il comma 2-*bis*, in base alla sua dizione letterale, sembra introdurre due differenti principi, quando invece pare più opportuno ricondurli, sotto il profilo sopra segnalato, ad unità. Intendere la buona fede come mezzo di collaborazione consente altresì di rivalutare il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) ed in particolare le sue accezioni in chiave sociale (artt. 36, 37, 39, 41 e 42 Cost.)⁹⁶. Come è stato notato⁹⁷, infatti, la buona fede si sostanzia nei doveri di lealtà e di salvaguardia, intendendosi il primo come dovere di tutelare il reciproco affidamento, non inducendo o speculando su fraintendimenti della controparte, e il secondo quale tutela degli interessi che la controparte ha inteso perseguire attraverso la conclusione contrattuale, mirando alla conservazione dell'utilità del contratto non solo per sé ma anche per la controparte in un'ottica di reciproca solidarietà.

È innegabile che il comma 2-*bis* costituisca una ulteriore dimostrazione della attuale recessione dell'impostazione autoritativa dei rapporti tra amministrazione e cittadino⁹⁸, dal momento che esso, come peraltro già notato sopra, trova applicazione non soltanto nei rapporti paritetici, ma anche in quelli connotati dall'esercizio del potere pubblico. È in altri termini un elemento della declinazione del "diritto amministrativo paritario"⁹⁹ evolutosi a partire soprattutto dalla legge n. 241 del 1990, come una delle principali linee di trasformazione del diritto-

⁹⁵ Sulla norma dello Statuto dei diritti del contribuente V. M. Logozzo, *I principi di buona fede e del legittimo affidamento: tutela «piena» o «parziale»?», in *Dir. prat. trib.*, 2018, 2325 ss., per il quale collaborazione e buona fede costituiscono «un principio unico, una sorta di endiadi rafforzativa, in quanto il termine buona fede ricomprende quello di collaborazione».*

⁹⁶ A tali espressioni di solidarietà sociale adesso occorre aggiungere quella intergenerazionale della tutela dell'ambiente, di cui all'ultimo comma dell'art. 9 Cost. Peraltro già F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. am.*, 2002, 215 ss., aveva anticipato questo aspetto parlando di "antropocentrismo dei doveri".

⁹⁷ A. Crosetti, *Principio di buona fede e contrattazione pubblica*, in corso di pubblicazione su *Dir. e proc. am.*, 2022.

⁹⁸ S. Licciardello, *Diritto amministrativo*, cit., 401.

⁹⁹ Il riferimento di cui nel testo è ovviamente al noto saggio *Per un diritto amministrativo paritario*, originariamente pubblicato negli *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 807 ss., e poi successivamente inserito in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3223 ss., e da ultimo in *Riv. giur. mezz.*, 2018, 1301 e ss., in cui l'A. individua nel dualismo tra diritti ed interessi il percorso per la "parità".

to amministrativo¹⁰⁰, in attuazione della Costituzione repubblicana del 1948¹⁰¹, caratterizzata dalla centralità della persona umana¹⁰² e in cui la solidarietà richiede che ogni interesse fatto valere da ciascun componente sociale trovi il suo limite nella giusta considerazione degli interessi delle altre componenti sociali¹⁰³. Del resto, la buona fede e l'affidamento costituiscono oramai valori fondanti dell'ordine giuridico moderno¹⁰⁴, declinandosi quale regola aurea nei rapporti negoziali¹⁰⁵ e, più in generale, nei rapporti umani¹⁰⁶. Non a caso, la buona fede è intesa quale

¹⁰⁰ V. S. Licciardello, *La formazione del sistema di diritto amministrativo*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 3 ss. Va rilevato che la dottrina, partendo dal preminente tratto autoritativo dell'amministrazione nell'età liberale borghese ha sottolineato il progressivo mutamento dei rapporti nello Stato pluriclasse (nell'ambito della dicotomia Stato di benessere – Stato sociale). L'origine dell'autoritarismo dell'amministrazione viene spesso indicata nella lotta che si verificò in Francia alla fine dell'*Ancien Régime* fra la monarchia (e la sua amministrazione) e il Parlamento (che intendeva sindacare l'amministrazione). Il principio dell'insindacabilità dell'amministrazione venne riconfermato nel corso della Rivoluzione Francese, basti pensare all'art. 7 della legge del 22 dicembre 1789, in base alla quale «le amministrazioni di dipartimenti e di distretti non potranno venire turbate, nell'esercizio delle loro funzioni amministrative, da alcun atto del potere giudiziario», nonché la legge 16-24 agosto 1790, secondo cui «La Costituzione sarebbe violata se il potere giudiziario potesse intromettersi nelle cose dell'amministrazione e turbare in qualsiasi maniera i corpi amministrativi nell'esercizio delle loro funzioni», per cui «i reclami di incompetenza dei corpi amministrativi non saranno portati avanti ai tribunali ma avanti al re capo dell'amministrazione generale. Nessun amministratore potrà venire tradotto avanti i tribunali salvo che esso non sia stato rinviato dall'autorità superiore in conformità alla legge». Come ricorda S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, cit., 31, verso la fine del XIX secolo la necessaria superiorità dell'interesse pubblico e la forza vincolante della decisione amministrativa comportarono il passaggio alla nozione di supremazia della pubblica amministrazione. Come ha evidenziato V. Ottaviano, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Auletta*, III, Milano, 1988, 481 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, «il prevalere della concezione secondo cui l'amministrazione impersonava l'interesse pubblico unitariamente inteso, e che perciò in confronto di essa i cittadini non potevano vantare pretese giuridiche vere e proprie, si spiega agevolmente tenendo presente che la classe che era uscita vittoriosa dalla rivoluzione francese era stata la borghesia, e che la configurazione dell'amministrazione di cui si è detto, era quella che meglio corrispondeva ai suoi interessi». Sul passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse in termini di evoluzione dei rapporti di interesse V. M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 308 ss. Lo Stato di benessere riguarda l'impegno dello Stato nell'economia al fine di garantire il pieno impiego e la coesione sociale; lo Stato sociale è il modello costituzionale che riconosce ai cittadini un insieme di diritti di prestazione con lo scopo di assicurare ai medesimi una vita sicura e degna. In argomento cfr. V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, 1988, 369 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 53 ss.; I.M. Marino, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Nuov. auton.*, 2007, ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 2015, 1338 ss.

¹⁰¹ V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, cit.

¹⁰² S. Licciardello, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008, 9.

¹⁰³ I.M. Marino, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 80.

¹⁰⁴ V. A. Crosetti, *op. cit.*

¹⁰⁵ G. Bianca, *La nozione di buona come regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 205 ss.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

¹⁰⁶ Cfr. A. Crosetti, *op. cit.*; R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; M. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989; C. Amato, *La buona fede nella formazione del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 1085 ss.; E. Moscati, *Osservazioni in tema di buona fede in senso oggettivo nel diritto privato italiano*, in Aa.Vv., *Gli allievi romani in memoria di Francesco Calasso*, Roma, 1967.

“dovere” imposto durante le trattative (art. 1337 c.c.), nell’interpretazione (art. 1366 c.c.), e nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

Il comma 2-*bis* si inserisce nel percorso di sviluppo della concezione del rapporto tra cittadini ed amministrazione improntato all’«amministrazione condivisa»¹⁰⁷, che si rinviene ad esempio nella disciplina dei beni comuni¹⁰⁸. Si tratta di interventi caratterizzati da procedure partecipative e collaborative con le quali favorire una gestione comune dei beni (tra amministrazione e cittadini) funzionale al benessere collettivo ed individuale. Da un lato, infatti, l’amministrazione interviene, più che come proprietaria del bene, in quanto ente che garantisce la fruibilità comune del bene e delle connesse utilità garantendo il coordinamento e la tutela; dall’altro lato, la cittadinanza (c.d. “attiva”) si caratterizza per l’assunzione di responsabilità da parte di individui, singoli o associati, che si attivano nell’interesse generale, spesso senza che derivi per essi un vantaggio personale.

Per certi versi, sono esperienze che esaltano ulteriormente il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale e che favoriscono percorsi di eguaglianza sostanziale (art. 3 comma 2 Cost.) mediante la individuazione di condizioni per il pieno sviluppo della persona umana¹⁰⁹. È, in altre parole, un mezzo di democra-

¹⁰⁷ Anticipavano la concezione dell’amministrazione condivisa F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; 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*, Padova, 2001, 223 ss. Più di recente vedi G. Arena, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss.; G. Guetta, *Amministrazione condivisa*, in *Nuov. rass. leg. dott. giur.*, 2010, 2105 ss.; S. Giovannini, *Sussidiarietà orizzontale e amministrazione condivisa*, in *Riv. am. Rep. it.*, 2011, 5 ss.

¹⁰⁸ La tematica dei beni comuni nasce dall’esigenza di sottrarre la circolazione giuridica di determinate categorie di beni dalla logica economica, essendo essenziali per un’esistenza libera e dignitosa e pertanto connaturati al valore della persona umana di cui agli artt. 2, 3, 36 comma 1 e 41 comma 2 Cost. Essa è divenuta attuale sulla scorta delle teorie economiche nordamericane di Elinor Ostrom (*Governing the commons: The Evolution of Institutions for collective action*, New York, 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006), per quanto anticipata, in Italia, da M.S. Giannini (*Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1993, 92 ss.), il quale vi faceva rientrare l’etere, l’aria ed il mare, ed evidenziava la rilevanza, tra l’altro, delle concessioni di pesca marittima costiera, distinguendole dalle concessioni di valli di pesca lagunare, su cui poi si concentrerà l’attenzione della Cassazione (sentenza ss.uu. 16 febbraio 2011, n. 3813). Elemento caratteristico dei beni comuni è del resto la loro “funzione sociale” (Per A. Mignozzi, *La proprietà culturale. Strumenti privatistici di gestione e valorizzazione dei beni culturali*, Napoli, 2007, 52 ss.; e per L. Nivarra, *I beni culturali sullo sfondo del ripensamento dello statuto dei beni pubblici*, in G. Alpa, G. Conte, V. Di Gregorio, A. Fusaro, U. Perfetti (a cura di), *op. cit.*, 66 ss., la garanzia di conservazione e accessibilità costituisce la funzione sociale della proprietà culturale. Secondo R. Di Raimo, *La «proprietà» pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, ivi, 82, la destinazione, nell’individuare una funzione oggettiva del bene, «interrompe il rapporto dominicale tra esso e il soggetto di esso titolare») intesa come funzionalizzazione del valore della persona. La categoria dei beni comuni, allora, risulta maggiormente idonea (rispetto alla tradizionale classificazione dei beni demaniali e patrimoniali) a garantire la conservazione e il godimento collettivo delle utilità di natura esistenziale, come pure il controllo dell’ordinamento sulla meritevolezza degli interessi. Da ciò conseguono le molteplici caratteristiche di detti beni, tutti orientati generalmente ad essere sottratti alle ordinarie logiche del mercato, caratteristiche del resto confacenti alla generalità dei beni culturali.

¹⁰⁹ Cfr. G. Arena, *Il Welfare di comunità*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L’Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 103.

zia diretta, non nel senso (assolutamente utopistico) della partecipazione di tutti i cittadini a tutte le decisioni¹¹⁰, ma quale insieme di strumenti accordati ai cittadini per influire sulle decisioni pubbliche nell'ambito dell'esercizio delle funzioni amministrative¹¹¹.

È però all'interno del procedimento che l'obbligo di buona fede e di collaborazione rileverà meglio, tramite gli strumenti di partecipazione e di esercizio del diritto di accesso, impedendo un uso abusivo del procedimento stesso¹¹². Come ha recentemente ribadito l'adunanza plenaria, del resto, «il procedimento amministrativo – forma tipica di esercizio della funzione amministrativa – è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo»¹¹³; da ciò, per via del necessario apporto dei soggetti a vario titolo interessati, collaborazione e buo-

¹¹⁰ N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 37, ha evidenziato il carattere "insensato" della partecipazione di tutti a tutte le decisioni, rilevando che «l'individuo rousseauiano chiamato a partecipare dalla mattina alla sera per esercitare i suoi doveri di cittadino sarebbe non l'uomo totale ma il cittadino totale. E il cittadino totale non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale».

¹¹¹ V. F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 23

¹¹² Gli strumenti di partecipazione procedimentale già consentono al cittadino di realizzare un controllo sociale dell'amministrazione (v. S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2011, 298). Va del resto rilevato che il cittadino tende sempre più a non essere un mero soggetto passivo dell'agire pubblico, ma è coinvolto nello svolgersi dell'attività (V. Ottaviano, *Oggettivizzazione e partecipazione nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 187, considera l'amministrato il «protagonista» dell'attività amministrativa). In quest'ottica il cittadino non è più inteso solo nell'ottica della sua configurazione come destinatario del provvedimento, vista la sua capacità di fornire apporti all'efficacia e all'efficienza amministrativa (con conseguenti ricadute pratiche di diniego o scarse possibilità di partecipazione tutte le volte in cui la capacità dell'apporto del privato è stata considerata poco rilevante); Cfr. M. Bombardelli, *La partecipazione procedimentale*, in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. VIII, *Cittadinanze amministrative*, a cura di A. Bartolini, Firenze, 2016, 298. Del resto, la partecipazione costituisce una forma rilevante di strumento democratico (si veda U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, IV, *Ann.*, Milano, 2011, 295 ss.; I.M. Marino, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, cit., 1338 ss.) di legittimazione dell'esercizio del potere e dello svolgimento della funzione amministrativa (sia consentito rinviare al nostro *Profili giuridici della funzione amministrativa*, Milano, 2013, 15 ss.), ed essere cittadino presuppone la garanzia di «possibilità adeguate di vita e di manifestazione» (in questi termini C.E. Gallo, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. am.*, 2002, 485), potendo rappresentare il proprio punto di vista nel procedimento (cfr. F. Saitta, *Il procedimento amministrativo «paritario» nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 459 ss.). Gli amministrati sono infatti chiamati a partecipare all'attuazione della democrazia (Cfr. U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e valori costituzionali*, in *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano, 1994, 378. G. Berti, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1994, 258 ha evidenziato il coinvolgimento dei cittadini nella "nuova" organizzazione, a seguito dell'adozione della legge sul procedimento), pur perdurando il pericolo pratico di disuguaglianze tra i cittadini e, soprattutto, nei confronti dell'amministrazione, con il rischio di una cittadinanza asimmetrica (si veda F. Salvia, *Una cittadinanza asimmetrica (tra supplie privilegiate e garanzie)*, in *Dir. soc.*, 2010, 509 ss.). La legittimazione elettorale, del resto, è solo uno dei possibili strumenti di democrazia (v. G. Ferrara, *I presupposti della democrazia*, in *www.costituzionalismo.it*, 2009, n. 3.

¹¹³ Si veda la richiamata sentenza n. 21/2021 dell'adunanza plenaria. In senso analogo anche la ricordata sentenza n. 20/2021.

na fede assumono portata bilaterale¹¹⁴, perché sorgono nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata.

Il cittadino pertanto nel partecipare al procedimento non potrà essere falso, sleale o reticente¹¹⁵; il rapporto di cittadinanza impone infatti responsabilità reciproche sia dell'amministrazione sia del privato¹¹⁶, con la conseguenza che il soddisfacimento delle proprie pretese non deve impedire la realizzazione delle esigenze degli altri soggetti coinvolti.

Il caso più immediato è quello delle osservazioni che ai sensi dell'art. 10-*bis* legge n. 241 del 1990 l'istante può presentare dopo aver ricevuto il preavviso di rigetto. In questi casi si è sostenuto che l'amministrazione non potrebbe rigettare l'istanza avanzata sulla base di motivi diversi da quelli adottati nella comunicazione¹¹⁷, o comunque estranei a quelli già fissati¹¹⁸.

Sulla base del comma 2-*bis* potrebbe allora ritenersi che, a sua volta, anche il cittadino è tenuto a rappresentare nelle osservazioni tutti i motivi in base ai quali l'amministrazione dovrebbe accogliere l'istanza presentata, non potendo più non rivelare tutti gli elementi che potrebbe riservarsi di rendere noti al momento dell'impugnazione del provvedimento negativo e che, se comunicati all'amministrazione, potrebbe indurla a motivare diversamente il diniego. Più in generale, il privato, alla luce dei principi di collaborazione e buona fede, potrebbe dover rap-

¹¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 19 dicembre 2022, n. 11066.

¹¹⁵ Per la giurisprudenza, «corollario della partecipazione al procedimento è quello della valorizzazione del principio di correttezza giacché la relazione che si instaura non può essere fonte in via esclusiva della tutela dell'affidamento del privato, ma deve produrre necessariamente effetti su di un piano di reciprocità» (cfr. T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 1 luglio 2010, n. 2817).

¹¹⁶ F. Benvenuti, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 241 ss., sulla questione ebbe a rilevare che «qualora il cittadino ritenga di esercitare la facoltà di partecipazione, la sua paritarietà con l'Amministrazione gli impone di agire secondo lo stesso principio di imparzialità che domina l'agire dell'Amministrazione» nonché di comportarsi secondo buona fede «anche nell'ambito dell'esercizio della funzione».

¹¹⁷ Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 04 marzo 2015, n. 477, in base alla quale «la PA non può fondare il provvedimento finale su ragioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle che sono state già rappresentate all'istante con la comunicazione ex art. 10 bis. L'inserimento, nel diniego, di motivi, assenti nel cd. preavviso di rigetto frustra lo scopo partecipativo dell'istituto e priva l'interessato di una fondamentale garanzia, tipica del "giusto" procedimento, ovvero della possibilità di articolare valide controdeduzioni alle argomentazioni ostantive. In siffatta ipotesi viene, infatti, impedito all'istante di accedere alla facoltà di fornire alla pubblica amministrazione precedente un utile contributo partecipativo, atto a mettere a disposizione della stessa ogni elemento valido anche ai fini di una eventuale rideterminazione dell'agire amministrativo».

¹¹⁸ V. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sentenza 27 agosto 2016, n. 4111, per cui «i motivi ostantivi all'accoglimento dell'istanza, come comunicati nel c.d. preavviso si ritrovino o, comunque, si presentino in linea di coerenza logica con la parte motiva del provvedimento negativo, che magari potrà anche risultrne arricchito con l'aggiunta di ulteriori rilievi conseguenti alle osservazioni presentate dall'interessato, ma non potrà contenere una motivazione del tutto estranea ai motivi in precedenza comunicati ex art. 10-*bis*». Si aggiunga che il D.L. Semplificazioni ha inoltre fissato che in caso di annullamento in giudizio del provvedimento negativo adottato nonostante le osservazioni presentate alla pubblica amministrazione, questa, «nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostantivi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato».

presentare nel procedimento tutti i fatti e gli interessi di cui abbia notizia tramite gli strumenti dell'art. 10 (memorie scritte e documenti). In altri termini, il privato non potrebbe proporre in giudizio contestazioni su circostanze conosciute già durante il procedimento e mai o non adeguatamente rappresentate in quella sede¹¹⁹. In questo senso parrebbe militare quella giurisprudenza in base alla quale in sede di ricorso giurisdizionale proposto contro una decisione adottata a seguito di ricorso gerarchico sono inammissibili i motivi nuovi di ricorso che non siano stati già proposti nella predetta sede contenziosa amministrativa¹²⁰. Le ragioni che giustificano il suddetto orientamento giurisprudenziale vengono normalmente ricercate nella necessità di evitare che la mancata impugnativa di un atto asseritamente illegittimo attraverso il rimedio giustiziale e la sua successiva impugnativa (*per saltum*) con il rimedio giurisdizionale possa costituire la via attraverso la quale eludere l'onere di impugnare tempestivamente l'atto nell'ordinario termine decadenziale. È stato però opportunamente notato¹²¹ che questo orientamento determina una limitazione alla tutela giurisdizionale difficilmente compatibile con gli artt. 24 e 113 Cost., improntati all'effettività ed alla pienezza della tutela giurisdizionale¹²², nonché con una giurisdizione amministrativa soggettiva¹²³.

In realtà, i principali motivi che sembrerebbero spingere nel senso di non considerare inammissibili motivi non indicati nelle osservazioni al preavviso di rigetto sono essenzialmente due, e cioè l'assenza di una difesa tecnica nella elaborazione delle memorie *ex art. 10-bis* e nel più breve termine rispetto a quello usualmente fissato per l'impugnazione del provvedimento. Se il primo motivo sembrerebbe essere superato dalla prassi del privato di rivolgersi già al proprio difensore di fiducia per la predisposizione delle memorie *ex art. 10-bis*, rimane comunque il nodo della eccessiva brevità del termine di dieci giorni ivi indicato.

Inoltre, il rispetto degli obblighi di collaborazione di buona fede dovrebbe portare il privato a non tenere più condotte dilatorie al solo fine di cercare di vanificare i termini di conclusione del procedimento, così da cercare di conse-

¹¹⁹ In questi termini già G. Carlotti, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 7. Si aggiunga che il T.A.R. Sicilia – Palermo, 12 febbraio 1998, n. 156, ha escluso che il privato potesse far valere in giudizio il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell'omessa valutazione di soluzioni alternative, qualora questi, a seguito del ricevimento dell'avvio del procedimento di esproprio di terreni di sua proprietà, abbia ommesso di segnalare all'amministrazione dette soluzioni alternative che avrebbero consentito una adeguata localizzazione dell'opera con minor sacrificio della proprietà privata. V. F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la p.a. e delle sue possibili implicazioni*, cit., 123 ss.

¹²⁰ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6491; Sez. III, 17 aprile 2018, n. 2286; Sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3504; Sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3756; sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1603.

¹²¹ S. Licciardello, *Ricorso gerarchico e motivi del ricorso giurisdizionale*, in *In jure pres.*, 1990, 152 ss.

¹²² Sul principio di effettività della tutela, anche alla luce delle indicazioni comunitarie, v. S. Tarullo, *Giusto processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, t. 1, *Ann.*, Milano, 2008, 377 ss.

¹²³ Sulla distinzione tra giurisdizione soggettiva ed oggettiva, cfr., di recente, N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. am.*, 2020, 237 ss.

guire un silenzio-assenso o comunque un silenzio impugnabile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Occorre in generale che il cittadino eviti condotte tenute per indurre l'amministrazione ad emettere provvedimenti viziati (p. es., per travisamento dei fatti o errore nei presupposti) al solo fine di preconstituirsì motivi di impugnazione del provvedimento. È soprattutto nell'area, spesso difficilmente definibile *a priori*, dell'eccesso di potere e del difetto di istruttoria che può spiegare effetti la condotta del cittadino non rispettosa della buona fede.

Una volta ammessa la configurabilità di un obbligo anche del cittadino di collaborazione e buona fede verso l'amministrazione risulta difficile individuare le conseguenze del mancato rispetto del comma 2-*bis*. La disciplina dell'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente non offre spunti particolarmente risolutivi. L'art. 10-*bis*, nel prevedere il c.d. abuso del diritto tributario, dispone la inopponibilità di varie operazioni (operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato; vantaggi fiscali indebiti i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario) all'amministrazione finanziaria, la quale ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni. La disciplina contenuta nello Statuto è del resto lo sviluppo di un percorso avviato sin dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso¹²⁴ per effetto dell'impossibilità di applicare alle condotte di elusione fiscale l'art. 1344 c.c. e quindi la illiceità della causa negoziale per i mezzi adottati per eludere l'applicazione di una norma imperativa¹²⁵. Le Sezioni Unite nel 2008¹²⁶ ripenseranno la questione ritenendo che «non può non ritenersi insito nell'ordinamento, quale diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'uso distorto, pur se non contrastante con

¹²⁴ La prima disciplina dell'elusione fiscale è infatti contenuta nell'art. 10 comma 1 legge 29 dicembre 1990, n. 408, che consentiva all'amministrazione finanziaria la possibilità di disconoscere, ai fini fiscali, gli effetti di talune operazioni «poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta», cui ha poi fatto seguito l'art. 37-*bis* d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, con il quale si è espressamente prevista l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria degli atti, dei fatti e dei negozi, anche collegati tra loro, «privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti».

¹²⁵ Cass. 18 aprile 1975, n. 1459; Cass. 28 giugno 1976, n. 2464; Cass. 24 ottobre 1981, n. 5571; Cass. 27 ottobre 1985, n. 5515; Cass. 26 gennaio 2000, n. 3979; Cass. 3 settembre 2001, n. 11351; Cass. 7 marzo 2002, n. 3345.

¹²⁶ Cass., ss.uu., 23 dicembre 2008, n. 30055., n. 30056 e n. 30057.

alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale», richiamandosi all'orientamento che tramite il recupero del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.), riconduce le condotte abusive in argomento nell'alveo dei negozi realizzati in frode ad una legge imperativa fiscale¹²⁷.

Peraltro, l'art. 30 comma 3 c.p.a. richiama il «comportamento complessivo delle parti» ai fini della determinazione dell'entità del risarcimento del danno. In questo caso, pertanto, adesso il giudice non solo potrà tenere conto della condotta dell'amministrazione, la quale è comunque obbligata a comportarsi con diligenza e correttezza, ma dovrà altresì valutare il comportamento del privato non rispettoso della buona fede e dell'obbligo di collaborazione. Più in generale, pare potersi ritenere che la violazione egli obblighi di collaborazione e buona fede da parte del cittadino potrà anche consentire all'amministrazione di avanzare azioni risarcitorie (similmente a quanto è tradizionalmente ammesso a parti invertite), con l'ovvio limite in questi casi di doversi dimostrare non solo la violazione degli obblighi suddetti, ma anche la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa)¹²⁸, pur nella diversità della riconduzione di queste fattispecie ad ipotesi di responsabilità contrattuale (eventualmente, da contatto sociale qualificato)¹²⁹, eventualmente precontrattuale¹³⁰ o extracontrattuale¹³¹.

Al tempo stesso comunque pare opportuno concepire una responsabilità da inesatta informazione a carico del cittadino reticente¹³² o, in generale, in mala fede, dovendosi a questo punto ammettere la vigenza nell'ambito del procedimento dell'obbligo di *disclosure*; in questo senso pertanto il diritto del privato di "gestire" la propria strategia procedimentale al fine di influire a proprio favore sulle decisioni *in fieri* dell'amministrazione¹³³ può ancora essere sostenuto, a condizione di ritenere che l'influenza non si possa spingere oltre i limiti della buona fede e della collaborazione.

In realtà, manca una disciplina generale delle conseguenze della violazione da parte del cittadino dell'obbligo di collaborazione e buona fede. Ammettere l'u-

¹²⁷ V. F. Gallo, *Abuso del diritto (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, X, *Ann.*, Milano, 2017, 6 ss., il quale evidenzia che successivamente la Corte di Cassazione ha parzialmente mutato il proprio convincimento ritenendo, a partire dalla sentenza n. 27087 del 2014, che i primi due commi dell'art. 37-bis avrebbero un'autonomia portata precettiva e, contemporaneamente, alle operazioni elencate al comma 3 la funzione di condizione di applicabilità dei primi due commi.

¹²⁸ F. Fracchia, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, 23.

¹²⁹ Cass., ss.uu., n. 8236/2020; Id., n. 615/2021.

¹³⁰ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

¹³¹ Si vedano i richiami in S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra amministrazione e privati*, cit., 38 ss.

¹³² F. Saitta, *Del dovere del cittadino di informare la pubblica amministrazione e delle sue possibili implicazioni*, cit., 111 ss.

¹³³ V. S. Puddu, *La revoca: profili problematici alla luce del nuovo art. 21-quinquies, comma 1-bis, l. n. 241 del '90*, in *Dir. e procedura am.*, 2008, 583 ss.

so dell'*exceptio doli generalis* da parte dell'amministrazione nei confronti del privato che contesti il provvedimento invocando una differente realtà dei fatti che avrebbe potuto (ma, a questo punto, dovuto) prospettare durante il procedimento (e quindi in applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*)¹³⁴, risolve solo in parte la questione, in quanto lascia irrisolta l'ipotesi in cui l'atto amministrativo sia risultato favorevole al privato per effetto delle sue dichiarazioni in mala fede. In questi casi una possibile soluzione potrebbe esser l'annullamento in autotutela, in applicazione del ricordato comma 2-*bis*, per quanto in realtà il provvedimento in sé non sarebbe in violazione del principio di collaborazione e buona fede, che invece andrebbe riferita alla condotta del privato. Altrimenti potrebbe ipotizzarsi la revocabilità dell'atto, ma in senso contrario depone il fatto che la malafede del privato può aver determinato una falsa rappresentazione della realtà o degli interessi in gioco, ma questo non necessariamente integra gli estremi del «mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento» o i «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» o la «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario» richiesti dall'art. 21-*quinquies*.

6. *Spigolature su collaborazione e buona fede nel processo amministrativo*

Anche nel processo amministrativo le parti devono agire secondo buona fede. È questo il senso innanzitutto del richiamo ai doveri di lealtà e probità nel codice di procedura civile (art. 88, comma 1 c.p.c.), sebbene la formula utilizzata abbia sollevato più dubbi che certezze¹³⁵ e sembri consentire di superare l'affermazione goldschmidtiana¹³⁶ secondo cui nessun comportamento processuale può essere oggetto di valutazione etica (*moralinfreie prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*). Si tratta di una norma evidentemente applicabile al processo amministrativo

¹³⁴ In questo senso già P. Patrito, «Exceptio doli generalis» e diritto amministrativo, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1546 ss.

¹³⁵ P. Calamandrei, *Un caso tipico di malafede processuale*, ora in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, I, 477 ss., ravvisava due esigenze antitetiche «fra le quali un sistema processuale cerca l'equilibrio: l'esigenza puramente giuridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali, dalla quale dipende la certezza del diritto, e l'esigenza morale di introdurre anche nel processo, al di sopra delle forme, la tutela della buona fede». Individuare il giusto punto di equilibrio sarebbe davvero arduo: «perché, se talvolta coll'essere troppo rigidi difensori della forma si rischia di sacrificare le ragioni sociali e politiche della norma giuridica, tal'altra col dar la prevalenza a considerazioni moralistiche, si rischia di distruggere le basi stesse della legalità».

¹³⁶ Cfr. J. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, 292. Va ricordato che l'art. 26 del Progetto preliminare (dal quale sarebbe poi derivato l'attuale art. 88) mirava a sostituire al generico dovere di probità, un più specifico e più particolareggiato dovere di dire la verità in tutte le dichiarazioni che le parti sono chiamate a fare, nel corso del processo, sulla scorta delle indicazioni di Calamandrei, ma poi il testo adottato si è limitato a prevedere a carico delle parti e dei loro difensori il dovere di probità e lealtà. Cfr. G. Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 129.

per via del rinvio alle norme “compatibili” e alle disposizioni “espressione di principi generali” del codice di rito civile (art. 39, comma 2 c.p.a.). Per la verità l’attenzione della giurisprudenza pare essere particolarmente accentrata sul rispetto dei doveri di lealtà e probità da parte dei difensori¹³⁷, anche al fine di individuarne il collegamento con l’irrogazione di sanzioni disciplinari al professionista¹³⁸. Non mancano comunque casi in cui lealtà e probità siano stati intesi come rivolti direttamente alle parti processuali¹³⁹ (anche se in questi casi appare difficile discernere quanto il comportamento censurabile è della parte e non comunque del suo difensore). Più in generale, il codice di procedura civile attribuisce al giudice un potere valutativo sul “contegno delle parti nel processo” (art. 116, comma 2 c.p.c.)¹⁴⁰.

Proprio la previsione del generale dovere di lealtà e probità potrebbe spiegare la particolarità per cui nel codice di procedura civile l’espressione “buona fede” ricorra soltanto due volte, e per giunta riferita in entrambi i casi alla buona fede *soggettiva*, ossia nell’art. 111, con riferimento agli acquisti di buona fede dei terzi nel caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso, e nell’art. 742, con riferimento ai diritti dei terzi acquistati in buona fede, mentre addirittura non viene mai utilizzata nel codice del processo amministrativo. La “mala fede” è invece positivizzata nell’art. 96, comma 1 c.p.c., ai sensi del quale «Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell’altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza».

Il dovere di lealtà delle parti si riverbera sulle varie disposizioni che fissano oneri a carico delle parti, dal cui mancato assolvimento derivano conseguenze per queste svantaggiose, a volte automatiche, a volte rimesse alla prudente valutazione del giudice, ma comunque idonee fungere da deterrente dal tenere condotte sleali o non collaborative, e da far sorgere nella parte la convinzione che «a lungo andare, anche nel processo l’onestà finisce coll’essere un buon affare»¹⁴¹. Da queste impostazioni deriverà anche la nota tesi della dottrina processualciviltistica (sostenuta, tra gli altri, da Micheli e da Grasso) dell’immanenza del dovere di non

¹³⁷ V., p. es., Cass., ss.uu., 1 giugno 1993, n. 6067 sul dovere di lealtà imposto agli avvocati nell’interesse della giustizia; Cass., ss.uu., ordinanza 2 marzo 2012, n. 3338 sul dovere dell’avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di un’istanza chiara e ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera comprensibile.

¹³⁸ V. Cass., ss.uu., 9 giugno 1989, n. 2784; Id., 8 ottobre 1990, n. 9863.

¹³⁹ V., p. es., Cass., 16 ottobre 1998, n. 10247, sulla prospettazione di tesi giuridiche e sulla ricostruzione di fatti operate dalle parti in contrasto ai doveri di lealtà e probità; Id., 14 dicembre 1949, n. 2596, sulla falsa indicazione della propria residenza.

¹⁴⁰ Per P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 485 ss., oltre che in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss., e ora in Id., *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 537 ss., il giudice «sorveglia continuamente dal balcone dell’art. 116 cod. proc. civ., il contegno delle parti nel dibattito».

¹⁴¹ Così P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, cit., 558.

mentire scientemente¹⁴², anche se poi in parte rivista ed attenuata¹⁴³. Il dovere di verità (adesso contemplato dall'art. 50 del nuovo codice deontologico e già previsto dall'art. 14 del pregresso) peraltro si scontrerebbe con la valenza confessoria delle dichiarazioni della parte¹⁴⁴; quest'ultima altrimenti «avrebbe il dovere (di essere completa e) di dire la verità se questa le nuoce; ma non il diritto di essere creduta quando questa le giova»¹⁴⁵.

Appare a prima vista più complesso richiamare la collaborazione (trattandosi di soggetti evidentemente in conflitto tra loro), ma in realtà, come si vedrà, è senza dubbio da ammettere un dovere di collaborazione delle parti con in giudice¹⁴⁶, come anche dei rispettivi difensori, rivalutandosi così l'assunto per cui questi ultimi esercitano comunque una funzione di carattere pubblico¹⁴⁷. Il ricordato comma 2 dell'art. 88 c.p.c. è invero il precipitato di una ben precisa idea di processo, nell'ambito della quale l'obiettivo di ottenere un'effettiva cooperazione fra giudice e parti induce ad accrescere i doveri di comportamento delle parti, in aperta rottura con la tradizionale ricostruzione liberale del processo come «cosa delle parti»¹⁴⁸. Nel processo amministrativo le parti, per esempio, cooperano con il giudice per la realizzazione della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 c.p.a.)¹⁴⁹.

Anche nel processo amministrativo, del resto, occorre affermare la parità delle parti (che è addirittura attuata tramite il processo amministrativo, in base all'art. 2, comma 1 c.p.a.), dato certamente acquisito nel processo civile (pur nel-

¹⁴² G.A. Micheli, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 144 ss.

¹⁴³ G.A. Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, 101.

¹⁴⁴ Sia consentito rinviare al nostro *Riflessioni sull'abuso del processo*, in *Dir. e proc. am.*, 2016, 1098.

¹⁴⁵ Così V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 244, che riprende quanto scritto da P. Calamandrei, *Parere della Università di Firenze al Ministero della Giustizia sul Progetto preliminare del codice di procedura civile*, Firenze, 1937, 98 ss. Peraltro, ricorda F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1915, 31 che la verità nel processo scaturisce dal contraddittorio.

¹⁴⁶ E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 600 ss., che ricorda il noto aforisma di Bulgaro *Iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*, che riassume il congiunto operare del giudice e delle parti che è l'essenza del principio di collaborazione quale criterio organizzativo di forze che operano nel processo.

¹⁴⁷ V. P. Calamandrei, *Troppi avvocati*, Firenze, 1921, 9, per il quale «Finché nel processo si scorgeva soltanto un conflitto tra due interessi privati, bene l'avvocato si trasformava, purché il suo cliente vincessesse, in azzecgarbugli; ma oggi, quando si pensa che anche il processo serve a riaffermare nella sentenza l'autorità dello Stato, l'esistenza dei professionisti legali non si giustifica più se non quando si veda in essi dei collaboratori, anziché dei mistificatori, del giudice, ufficio dei quali non tanto è quello di battersi per il cliente quanto quello di battersi per il diritto». Già G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milano, 1920, 56, aveva ammesso che la funzione degli avvocati è una funzione pubblica.

¹⁴⁸ L'antecedente storico di doveri di lealtà e probità è infatti nella ZPO austriaca del 1895, come ricorda A.D. De Santis, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civ. Proc. Rev.*, 2021, 137.

¹⁴⁹ Per Cass., ss.uu., n. 2488/2008, il principio della ragionevole durata impone all'interprete «una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto, per il suo impatto operativo sulla realizzazione del detto obiettivo costituzionale». In argomento, cfr. S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in *Dir. am.*, 2015, 817.

le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione). Per la verità, il Consiglio di Stato ha tradizionalmente inteso la parità delle parti in senso eminentemente formale e cioè come parità di posizione delle parti nel processo a salvaguardia del contraddittorio¹⁵⁰, più che come parità degli interessi sostanziali. A seguito della novella dell'art. 111 Cost. e alla esplicita costituzionalizzazione del giusto processo (comma 1) e alle «condizioni di parità» delle parti come elemento ultroneo rispetto al «contraddittorio» (comma 2), appare quantomeno dubbio la giustificazione di una disparità processuale¹⁵¹ tra gli interessi in conflitto, per via del carattere “pubblico”¹⁵² di uno di essi. Del resto, se distinguiamo la legittimazione della parte dalla titolarità dell'interesse¹⁵³, le condizioni di parità introdotte dal comma 2 del novellato art. 111 Cost. sono condizioni di pari ordinazione e pari trattamento degli interessi davanti al giudice¹⁵⁴. Non possono del resto sottacersi i richiami alla «mala fede» e alla colpa grave indicati nel nominato art. 96 c.p.c. ai fini della condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata.

Buona fede e collaborazione nel processo però tendono a immedesimarsi nelle figure dell'abuso *del* processo e dell'abuso *nel* processo¹⁵⁵, dal momento che vi rientrerebbero tutti quei comportamenti delle parti già ricordati contrari ai doveri di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.)¹⁵⁶, specialmente quelli dilatori o determinanti eccezioni manifestamente infondate e che «si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue»¹⁵⁷ nell'ottica della c.d. ragionevole durata¹⁵⁸ del processo. L'abuso del processo si concreterebbe in una

¹⁵⁰ V., p. es., Cons. Stato, V, 23 aprile 1998, n. 467.

¹⁵¹ F. Ledda, *La giustizia amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, 318, ricorda la disparità “fisica” tra le parti rappresentata dallo scanno dell'Avvocatura dello Stato, collocato un po' più in alto degli altri. Lo stesso per rappresentare la distanza delle parti dal giudice ha utilizzato la metafora del triangolo scaleno, in cui la parte pubblica si trova nel vertice più vicino a quello del magistrato rispetto alla parte privata.

¹⁵² Va ricordato che per U. Allegretti, *Procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 7, l'interesse pubblico apparterebbe al corpo sociale anziché all'amministrazione, per effetto dell'evoluzione della democraticità e dell'eguaglianza.

¹⁵³ S. Satta, *Il concetto di parte*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 700.

¹⁵⁴ I.M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in V. Parisio, A. Perini (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva. Una riflessione a più voci*, Milano, 2002, 27 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 2015, II, 1004 ss.

¹⁵⁵ Sulle condotte abusive nel processo amministrativo sia consentito rinviare ai nostri *Riflessioni sull'abuso del processo*, cit., 1091 ss.; *La contestazione del difetto di giurisdizione in appello tra abuso del processo e soccombenza*, in *www.giustamm.it*, 2016, n. 12.

¹⁵⁶ In questo senso anche la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 14 gennaio 2009, n. 553 in tema di mutamento in appello della domanda di risoluzione del contratto e risarcimento del danno in domanda di recesso e ritenzione della caparra.

¹⁵⁷ Così le Sezioni Unite nella sentenza 23 febbraio 2010, n. 4309. Analogamente Cass. 18 febbraio 2010, n. 3830; 3 novembre 2008, n. 26373; 19 agosto 2009, n. 18410; 8 luglio 2009, n. 15985.

¹⁵⁸ Nell'ottica di ridurre la durata dei giudizi, limitando pratiche processuali meramente dilatorie scoraggiando ricorsi che appaiono evidentemente inammissibili o improcedibili ovvero manifestamente infondati nel merito, è adesso previsto all'art. 380-bis c.p.c. un rito più celere per i processi dinanzi alla Corte di Cassazio-

attività processuale pregiudizievole alla solidarietà sociale (art. 2 Cost.)¹⁵⁹ e, in particolare, per l'amministrazione della giustizia nel suo complesso.

Correttezza e buona fede cioè assumono rilevanza all'interno della riconduzione del processo (e, più in generale, della giustizia) a servizio, ricostruzione su cui peraltro oggi non solo non è più lecito dubitare, ma di cui vi è sostanziale concordia¹⁶⁰, seppur con alcune autorevoli precisazioni¹⁶¹ (dovuti, da un lato, alla facoltà del giudice scegliere fra la tradizionale istruttoria cartolare e la nomina di consulenti, sia nella forma della verifica da parte di un'altra amministrazione, sia nella forma della consulenza tecnica d'ufficio nelle forme in uso nel processo civile o penale, e dall'altro, al problema dell'efficienza del processo a seguito dell'aumento esponenziale del contenzioso, problema cui il legislatore ha tentato di porre rimedio con l'aumento dell'imposizione fiscale sui giudizi¹⁶²).

L'accostamento tra giustizia amministrativa e servizio deriva soprattutto dalla trasformazione del processo amministrativo da giudizio per la cassazione degli atti dell'autorità a processo anche di cognizione¹⁶³ (soprattutto a seguito dell'introduzione del codice del processo amministrativo), e dalla connessa individuazione di pretese che il cittadino può far valere nei confronti della pubblica amministrazione al di fuori e in aggiunta al tradizionale annullamento dell'atto amministrativo¹⁶⁴, su tutte il riconoscimento di un danno risarcibile in caso di lesione di un interesse legittimo (per quanto le sentenze di condanna al risarcimento del danno sono ad oggi un numero estremamente limitato)¹⁶⁵. Del resto è proprio nei termini della giustizia amministrativa quale servizio al cittadino (nonché dell'effettività della tutela giurisdizionale) che può leggersi la recente rimes-

ne per la decisione sull'inammissibilità del ricorso. Nella stessa logica già l'art. 375 comma 2 c.p.c. prima delle modifiche del 2009, come ricordano V. Ansanelli, *Abuso del processo*, cit., 4; F. Cordopatri, *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 249 ss.

¹⁵⁹ M. De Cristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Gius. proc. civ.*, 2009, 993 ss.

¹⁶⁰ Basti in questa sede ricordare il titolo evocativo di uno dei volumi che raccoglie gli studi sul 150° anniversario dell'unificazione amministrativa italiana, ossia G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016.

¹⁶¹ V. F. Merusi, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 248 ss.

¹⁶² S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, cit., 814, ha evidenziato come i continui aumenti del contributo unificato e l'uso disinvolto della condanna alla spesa (che talvolta assume i connotati della condanna punitiva) costituiscono forti limitazioni all'accesso alla giustizia e sono sintomo dell'atteggiamento di sfiducia nei confronti del giudice amministrativo da parte del sistema politico.

¹⁶³ V. F. Merusi, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, cit., 234.

¹⁶⁴ G.D. Comporti, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 9 ss.

¹⁶⁵ G. Pericu, *Giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, in G.D. Comporti, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, cit., 256.

sione nuovamente all'adunanza plenaria da parte della terza sezione del Consiglio di Stato della questione dell'ammissibilità dell'appello al Consiglio di Stato di una sentenza del T.A.R. Sicilia¹⁶⁶, avendo dubitato del tradizionale orientamento per cui l'appello sarebbe in questi casi inammissibile (con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata)¹⁶⁷, e ritenendo invece l'idoneità a instaurare un valido rapporto processuale suscettibile di proseguire dinanzi al giudice competente attraverso il meccanismo della *translatio iudicii*.

Rimane comunque il problema della limitatezza delle risorse da destinare al "servizio" giustizia, problema cui a volte si è tentato di dare soluzione tramite strumenti processuali, come il ricordato abuso del processo o anche valorizzando, seppur nell'ambito del processo civile, l'art. 393 c.p.c. sull'estinzione dell'intero processo a seguito della mancata riassunzione del giudizio a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione (salvi comunque gli effetti della sentenza della Cassazione nel nuovo processo riproposto)¹⁶⁸.

Le ipotesi di abuso nel processo sono comunque già sanzionabili (senza peraltro dover invocare la figura dell'abuso), sulla base degli artt. 91, 92, 93, 94, 96 e 97 c.p.c. e dell'art. 26 c.p.a.¹⁶⁹, come strumenti risarcitori o addirittura sanzionatori delle conseguenze patrimoniali¹⁷⁰, eventualmente da aggiungersi alla condanna alla rifusione delle spese di lite. Oltre a queste previsioni occorre considerare quelle del codice deontologico forense (artt. 9, 50 e 66). Soprattutto l'art. 92 c.p.c. appare rilevante nella misura in cui consente di escludere la ripetizione

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. III, ordinanza 16 giugno 2022, n. 5921.

¹⁶⁷ Cons. Stato, ad. plen., sentenza 4 luglio 1978, n. 21; Id., ordinanza 19 novembre 2012, n. 34; Id. sentenza 22 aprile 2014, n. 12; Cons. Stato, sez. III, 1 giugno 2018, n. 3304; Id., 3 maggio 2016, n. 1710; sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5088; sez. V, 17 giugno 2014, n. 3062. Detto orientamento prende origine dall'idea per cui l'erronea individuazione del giudice legittimato a decidere dell'impugnazione non è inquadrabile quale questione di competenza, ma di ammissibilità del gravame. La questione è già stata rivista per gli appelli nel processo civile da Cassazione, ss.uu., 14 settembre 2016, n. 18121. Va detto che la giurisprudenza maggioritaria della Corte di cassazione (ss.uu., 18 giugno 2020, n. 11866; sez. III, 15 maggio 2018, n. 11740; Id. 16 ottobre 2017, n. 24274) si è conformata a questo orientamento.

¹⁶⁸ Per Cassazione, sez. II, sentenza 31 agosto 2018, n. 21469, la cancellazione dal ruolo della causa, non seguita dalla riassunzione nel termine prescritto, determina l'estinzione dell'intero processo, ma non preclude la riproposizione della domanda; in tal caso, la precedente statuizione della Corte di cassazione è ancora vincolante, ma, poiché la decisione di annullamento ha effetto soltanto sulle parti della decisione di merito in relazione alle quali essa è operante, e cioè soltanto sulle parti cassate, i capi di pronuncia non cassati non sono travolti dall'estinzione e acquistano autorità di giudicato. Già prima Cassazione, sez. V, sentenza 6 dicembre 2002, n. 17372, aveva rilevato che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., l'estinzione non solo di quel giudizio ma dell'intero processo, con conseguente caducazione di tutte le sentenze emesse nel corso dello stesso, eccettuate quelle già coperte dal giudicato, con la conseguenza che la sentenza riformata in appello resta anch'essa definitivamente caducata, senza possibilità di reviviscenza a seguito della cassazione della sentenza di appello.

¹⁶⁹ L'evoluzione dell'art. 26 c.p.a. e, in generale, della disciplina della condanna al pagamento delle spese nel processo amministrativo è illustrata da G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 536 ss.

¹⁷⁰ F. Cordopatri, *op. cit.*, 260 ss.

delle spese eccessive o superflue sostenute dalla «parte vincitrice», così consentendo al giudice un controllo sull'operato processuale di entrambe le parti¹⁷¹.

Gli abusi *del* processo si riferiscono a quelle situazioni in cui la singola parte o entrambe le parti agiscono per perseguire fini estranei alla funzione del processo e del giudice, in quanto in questi casi «il problema dell'abuso [...] si presenta piuttosto nei casi in cui il processo (e il relativo accertamento, o l'effetto costitutivo che ne scaturisce) serve, formalmente, ad un certo scopo e sostanzialmente miri invece a realizzare interessi immeritevoli di tutela»¹⁷². Un esempio paradigmatico potrebbe essere quello del giudizio instaurato da un'impresa al solo fine di prendere visione di documenti coperti da segreto industriale posseduti da un'amministrazione pubblica, documenti che quest'ultima dovrebbe produrre per resistere in giudizio, inserendoli negli atti di causa e divenendo così conoscibili per le altre parti del processo¹⁷³.

¹⁷¹ Tipicamente l'abuso nel processo è stato invocato nei casi di proposizione per la prima volta in appello della contestazione del difetto di giurisdizione del giudice adito, eventualmente dalla stessa parte che ha poi sollevato l'eccezione (Si veda per tutte la sentenza 7 febbraio 2012, n. 656 della quinta sezione del Consiglio di Stato. La Corte di Cassazione ha invece normalmente ammesso la contestazione sulla giurisdizione anche per la prima volta in appello, ritenendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito (ss.uu., 27 dicembre 2010, n. 26129), consentendo che la questione possa essere posta pure dalla stessa parte che ha adito un giudice e ne ha successivamente contestato la giurisdizione in base all'interesse che deriva dalla soccombenza nel merito (ss.uu., 27 luglio 2011, n. 16391)). Si tratta di una questione che comunque pare risolvibile il combinato disposto degli artt. 9 e 104 c.p.a. Infatti, ai sensi dell'art. 9, il difetto di giurisdizione non può essere rilevato d'ufficio in appello e la relativa questione può essere esaminata solo se dedotta con specifico motivo avverso il capo della pronuncia che in modo implicito o esplicito ha statuito sulla giurisdizione, mentre il successivo art. 104, comma 1 non consente la proposizione in appello di nuove eccezioni non rilevabili d'ufficio. Facendo leva su dette disposizioni il Consiglio di Stato nella sentenza 9 aprile 2014, n. 1692, ha dichiarato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in appello. Sulla questione occorre dar conto della pronuncia dell'Adunanza plenaria 21 giugno 2017, n. 4, che ha a sua volta richiamato la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato, ritenendo che la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo.

¹⁷² P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 87 ss. Peraltro già Salvatore Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss., aveva collegato l'abuso del diritto all'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso.

¹⁷³ Sia consentito rinviare al nostro *Informazioni e mercato nell'Unione europea*, in *Dir. e proc. am.*, 2011, 292 ss. Sulla questione, v. J.M. Joshua, *Balancing the Public Interests: Confidentiality, Trade Secrets and Disclosure of Evidence in EC Competition Procedures*, in *Europ. Com. Law Rev.*, 1994, 68 ss. In base alla giurisprudenza di cui alla sentenza 24 giugno 1986, *AKZO Chemie BV contro Commissione*, causa 53/85, la Commissione europea ha elaborato una prassi (recepita nella propria comunicazione del 23 gennaio 1997, punto II, A), in base alla quale essa chiede di precisare quali siano i documenti coperti dal segreto commerciale o abbiano comunque carattere riservato, motivandone le ragioni, e fornendo di essi una versione non riservata. Altrimenti, in caso di mancata partecipazione dell'impresa, la Commissione decide in via interinale sulla fondatezza della qualificazione operata dal soggetto privato. Se risulta necessario l'accesso a un documento, l'istituzione in parola richiederà allora all'impresa interessata una versione comunicabile del documento. La Commissione, sempre nella citata comuni-

A queste andrebbero aggiunte altre condotte processuali, anch'esse espressione di una (probabile) assenza di buona fede processuale, come come l'aver presentato il ricorso poche ore dopo la scadenza del termine entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere¹⁷⁴, oppure l'espunzione arbitraria di parte della documentazione in appello o la falsa esposizione di fatti rilevanti nel giudizio o il silenzio serbato in udienza su talune questioni, che possono essere ricondotte alla nozione, timidamente richiamata in giurisprudenza¹⁷⁵, della c.d. etica processuale¹⁷⁶, riferita in dottrina anche a condotte previste da norme che stabiliscono le forme per giungere alla risoluzione dei conflitti, e quindi come "giustizia nella norma processuale"¹⁷⁷.

Sono state ricondotte al principio di collaborazione anche condotte rientranti nell'ambito del rapporto processuale trilaterale tra le parti e il giudice, come il c.d. divieto dei giudizi di terza via¹⁷⁸, ossia il divieto di decisioni assunte dal giudice "a sorpresa", senza cioè aver investito le parti di una questione decisiva per il giudizio che non era stata oggetto di interlocuzione tra di loro. Si tratta di rico-

cazione (punto II, D), ha precisato che i terzi che denunciano una violazione delle norme sulla concorrenza non hanno diritto di accesso al fascicolo, salvo che la denuncia sia respinta. In questo senso v. M. Megliani, *La trasparenza nelle regole procedurali in materia di concorrenza nella Commissione europea alla luce dei principi del Trattato di Amsterdam*, in U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Trasparenza – Riservatezza – Impresa. Studi su democrazia rappresentativa, diritti dell'uomo e attività economica nell'Unione europea*, Torino, 2001, 120. Di diverso avviso è invece G.M. Roberti, *Le procedure applicative delle regole di concorrenza*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, vol. II, 1239 ss. Nel caso di rigetto della domanda, invero, è possibile un accesso limitato ai documenti sui quali la Commissione basa la propria decisione, ma non alle informazioni riservate e ai segreti commerciali. La questione è analizzata anche da A. Mattfeld, *Access to and Communication of the File*, in AA. VV., *Droit de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, 1994, 248. Critica è invece la posizione di B. Vesterdorf, *Complainants Concerning Infringements of Competition Law Within the Context of European Community Law*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 88 ss.

¹⁷⁴ T.A.R. Campania, Napoli, 3 ottobre 2022, n. 6050.

¹⁷⁵ L'espressione "etica processuale" è richiamata in alcune pronunce giurisprudenziali, tra le quali Cassazione civile sez. III - 12/04/2018, n. 9059; Cassazione civile sez. lav. - 30/11/2012, n. 21520; Cassazione civile sez. I - 04/01/2000, n. 8; Corte appello di Palermo sez. III, 10/06/2019, n. 1183; Tribunale di Roma 22/05/2015; Tribunale di Trieste, 04/04/2019, n. 196. Probabilmente il ritardo nell'elaborazione teorica dell'etica del processo deriva dalla minore sensibilità del contesto socio-culturale latino su questi temi, come rilevato da A. Dondi, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 24.3.2001, n. 89)*, in *Nuova giuris. viv.*, 2003, 20062 ss.

¹⁷⁶ La tesi dell'etica nel processo civile è esposta, tra gli altri, in S. Satta, *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 1959, I, 291 ss.; l'argomento è stato riproposto in tempi recenti da V. Ferrari, *Etica del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 471 ss., ora in *Etica del processo e doveri delle parti*, Bologna, 2015, 23 ss.

¹⁷⁷ A.J.D. Perez Ragone, *Profili della giustizia processuale (procedural fairness): la giustificazione etica del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1033 ss.

¹⁷⁸ In questi termini, v. S. Chiarloni, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, 575 ss.; Id., *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, 1363 ss. Il principio di collaborazione è stato inteso inizialmente quale condizionamento reciproco degli atti processuali, e successivamente quale effettiva combinazione delle attività delle parti e del giudice. In questo senso v. G. Capograssi, «*Honeste vivere»*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1926; E. Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.

struzioni tuttavia variamente contestate¹⁷⁹, individuandosi nel contraddittorio il fondamento del divieto¹⁸⁰. Ritenere che il divieto di sentenze di terza via risiedesse nel principio di collaborazione o nell'etica processuale comportava infatti che la pronuncia non fosse nulla ma meramente ingiusta, essendo la mancata trattazione delle questioni imputabile anche al giudice e considerando la sanzione della nullità sproporzionata¹⁸¹.

La questione è oggi risolta dall'art. 73 comma 3 c.p.a. per cui il giudice, qualora ritenga di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, «la indica in udienza dandone atto a verbale». Qualora invece la questione emerga dopo il passaggio in decisione, egli la riserva e «con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie». Quest'ultima disposizione ha, tra l'altro, definitivamente permesso di superare le perplessità circa l'applicazione della regola dell'art. 183 comma 4 c.p.c. nel processo amministrativo, stante la espressa previsione della sottoposizione della questione alle parti¹⁸². Similmente, nel processo civile, il comma 2 dell'art. 101 c.p.c. commina la nullità per l'ipotesi in cui il giudice, che ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, ometta di fissare «un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni», riservando la decisione.

¹⁷⁹ Sulla confutazione delle due tesi, v. A. Giordano, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice civile*, in *Giur. it.*, 2009, 914 ss.

¹⁸⁰ Vd., *ex multis*, L. Montesano, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 930; L.P. Comoglio, «Terza via» e processo «giusto», *ivi*, 758 ss. In questo senso cfr., tra le altre, le sentenze della Cassazione, sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577 e Sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194.

¹⁸¹ Si considerava di conseguenza una facoltà del giudice l'indicazione delle questioni rilevate d'ufficio. V. le sentenze nn. 2654/1953, 1276/1954 e 4401/1954 della Cassazione, citate da A. Giordano, *op. cit.*, 912. Ricostruendo diversamente il divieto (su cui v. *infra* nel testo), è stata sostenuta invece la tesi della nullità della pronuncia. V., tra gli altri, V. Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.; L. Montesano, *op. cit.*, 932; C. Ferri, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 783 ss.; L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 71 ss.; A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99.

¹⁸² Sia consentito, sul punto, rinviare al nostro *La translatio iudicii per questioni di competenza inderogabile tra esigenze di giustizia e garanzie del contraddittorio*, in *Foro am.*, C.d.S., 2010, 1696.

Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione

Il contributo esamina i principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e amministrazione collocati dall'art. 12 della legge 11 settembre 2020 n. 120 tra i principi generali dell'attività amministrativa di cui all'art. 1, l. n. 241/1990. Collaborazione e buona fede, se riferiti all'amministrazione, declinano non solo comportamenti doverosi, ma anche introducono parametri di legittimità del provvedimento amministrativo; analogamente, possono essere riferiti al cittadino, imponendo anche a quest'ultimo condotte da tenere nei confronti dell'amministrazione. Il saggio si sofferma infine su alcuni aspetti della buona fede nelle dinamiche del processo amministrativo.

Considerations on the principles of collaboration and good faith in relations between citizens and public administration

The contribution examines the principles of collaboration and good faith in relations between citizens and the administration set by art. 12 of the Law 11 September 2020 n. 120 among the general principles of administrative activity referred to in art. 1, Law n. 241/1990. Collaboration and good faith, when referring to the administration, do not only concern proper conduct. They introduce parameters of legitimacy of the administrative measure. Similarly, they can be referred to the citizen, imposing conduct to be held towards the administration. Finally, the essay focuses on some aspects of collaboration and good faith in the dynamics of the administrative process.

Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici

Anna Maria Chiariello

SOMMARIO: 1. Ancora un nuovo Codice dei contratti pubblici. – 2. Una nuova cornice di principi. – 3. I “nuovi” principi. – 4. Il principio del risultato. – 5. Il principio della fiducia. – 5.1. Il rapporto tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. – 6. Il rapporto tra i principi. Considerazioni conclusive.

1. *Ancora un nuovo Codice dei contratti pubblici*

Il diritto dei contratti pubblici si appresta ad avere un altro nuovo volto. Dopo le esperienze del Codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 – in cui per la prima volta «il mondo dei contratti pubblici ha conseguito il bene incommensurabile di un Codice organico»¹ – e del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente², il legislatore è in procinto di adottare un nuovo testo unitario e omogeneo per disciplinare la materia. Non si tratta dunque di modifiche singole e puntuali o per singoli settori, ma di un intervento di sistema in grado di operare un radicale riordino della normativa che governa i contratti pubblici.

Anche questa volta la nuova codificazione nasce su impulso europeo. In effetti, se il Codice di cui al d.lgs. n. 163/2006 è stato redatto per recepire le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e il Codice vigente è stato adottato per implementare le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, il nuovo Codice trae la sua origine da un'ennesima spinta europea. Come indicato dalla legge 21 giugno 2022, n. 78 di delega al Governo, la delega è stata infatti conferita anche al fine di adeguare la disciplina dei contratti pubblici al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori sovranazionali (oltre che delle giurisdizioni interne e della Corte costituzionale), di evitare l'avvio di

¹ F. Caringella, M. Protto, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2012, Presentazione.

² Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, profondamente modificato subito dopo la sua adozione con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56. In merito F. Cardarelli, M.A. Sandulli, M. Lipari (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017.

procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate³. La normativa comunitaria in questo settore, forse più che in altri, sembra dunque ancora una volta condizionare in modo determinante la nostra legislazione, incidendovi fortemente e inducendo il nostro legislatore ad acquisire una piena consapevolezza di quanto il legame tra l'Italia e l'Unione europea in materia sia stretto⁴.

Con la menzionata legge di delega sono stati affidati al Governo sei mesi per redigere le nuove regole sugli appalti e sono stati individuati trentuno principi per declinare il nuovo Codice dei contratti pubblici⁵. Questo deve entrare in vigore entro il 31 marzo 2023, mentre entro il successivo mese di giugno devono entrare in vigore tutte le leggi, i regolamenti e i provvedimenti attuativi per la revisione del sistema degli appalti pubblici ed entro dicembre dello stesso anno il sistema nazionale di *e-procurement* deve essere pienamente funzionante. Si tratta di una tempistica serrata dettata dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁶ e la relativa osservanza è particolarmente stringente in quanto l'approvazione del nuovo Codice rientra nel quadro delle riforme c.d. "abilitanti" promosse dal PNRR stesso. In effetti l'adozione del nuovo Codice è una delle grandi riforme strategiche richieste dall'Unione europea per continuare a versare le risorse del *Next Generation Eu*⁷ in quanto costituisce un prerequisito, un elemento abilitante, appunto, per tutti gli investimenti, specie per il corretto ed efficace uso degli ingenti fondi europei nell'arco temporale che si concluderà nel 2026.

In attuazione della menzionata delega il Governo, avvalendosi della facoltà attribuitagli dalla legge di delega⁸, ha affidato al Consiglio di Stato il compito di redigere il progetto del decreto legislativo recante la disciplina dei contratti pubblici. In adempimento di tale compito, il 20 ottobre 2022 la Commissione speciale del Consiglio di Stato, composta da magistrati amministrativi, avvocati ed esperti, ha trasmesso la bozza provvisoria dello "Schema preliminare di Codi-

³ Art. 1 legge 21 giugno 2022, n. 78. Inoltre, la normativa adottata in attuazione della delega deve perseguire obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee (art. 1, co. 2).

⁴ A. Maggio, G. Steri (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2009, 11. Sui contratti pubblici, *ex multis*: C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2010.

⁵ Art. 1 l. n. 78/2022.

⁶ Come noto, il PNRR è il documento predisposto dal Governo italiano per illustrare alla Commissione europea come l'Italia intende investire i fondi in arrivo nell'ambito del programma *Next Generation Eu*, descrivendo quali progetti si intende realizzare grazie a tali fondi, delineando come tali risorse saranno gestite e presentando un calendario di riforme collegate finalizzate in parte all'attuazione del piano e in parte alla modernizzazione del Paese.

⁷ Il *Next Generation Eu* è uno strumento temporaneo di 750 miliardi di euro approvato nel luglio del 2020 dal Consiglio europeo per sostenere gli Stati membri dell'Ue colpiti dalla pandemia di Covid-19 e indirizzarli verso la ripresa. In merito, *ex multis*, E. Picozza, *The Next Generation EU: un passo decisivo verso l'unificazione europea*, in *Dir. e proc.*, 2022.

⁸ Art. 1, co. 4, l. n. 78/2022.

ce dei contratti pubblici” al Governo, tenuto a valutare lo schema e le eventuali modifiche o integrazioni.

La bozza del nuovo Codice consta di cinque libri e comprende importanti novità, tra cui quella di dedicare l'intera Parte I del Libro I alla codificazione dei principi che governano la materia e di includervi nuovi principi, annunciando una svolta che vorrebbe essere rivoluzionaria dell'impostazione delle norme sugli appalti.

2. *Una nuova cornice di principi*

La Parte I del Libro I della bozza del nuovo Unico Testo dei contratti pubblici traccia un'ampia nuova cornice dei principi generali che dovranno orientare i soggetti nell'applicazione delle disposizioni del Codice. Tali principi sono tesi a rendere intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al Codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti e a permettere al contempo una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto. Come noto, infatti, i principi stabiliti dal Codice assolvono il compito di «tracciare i binari lungo i quali il legislatore stesso conduce poi tutti gli istituti di applicazione e di attuazione di dettaglio delle procedure di evidenza pubblica»⁹. In effetti ogni regola e istituto del Codice è riconducibile alle esigenze emergenti dall'interpretazione dei principi generali, i quali dunque compongono un ampio inquadramento, che vorrebbe essere solido e sicuro, della materia dei contratti pubblici.

La codificazione positiva nelle disposizioni del Codice attribuisce ai principi degli appalti pubblici carattere normativo. Tale carattere tuttavia non esclude che i principi in parola siano norme a contenuto indeterminato, che per essere applicate abbisognino di essere declinate nel caso concreto. In effetti i principi sono ricompresi all'interno di disposizioni a contenuto generale che indicano criteri interpretativi e non regole concrete. Essi non indicano la regola specifica di condotta e non sono volti a prescrivere, ma a indirizzare le valutazioni delle condotte e le conseguenti valutazioni giuridiche¹⁰.

In modo analogo ai principi delle precedenti versioni del Codice, i principi indicati dalla bozza in esame appaiono dunque svolgere una triplice funzione: di interpretazione, di integrazione delle norme e di indirizzo. La loro applicazione sarà funzionale all'interpretazione della normativa esistente, a colmare le lacu-

⁹ M. Cafagno, A. Fari, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 203.

¹⁰ S. Dettori, *Il ruolo dei principi nella disciplina dei contratti pubblici*, in questa Rivista, Anno XXI, Nuova serie 2012, 2, 295.

ne dell'ordinamento, nonché a produrre norme a contenuto specifico e puntuale e più in generale precetti.

Sia la collocazione dei principi nel *corpus* normativo sia la loro consistenza danno evidenza dell'importanza che la bozza del nuovo Codice intende conferire ai principi stessi.

Per quanto riguarda la collocazione, a differenza del d.lgs. n. 50/2016, in cui i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni sono enunciati nella Parte I, Titolo IV, e in particolare nell'art. 30, la bozza del nuovo Codice colloca la nuova cornice di principi nel suo *incipit*, e segnatamente nella Parte I, Titolo I, artt. 1-11. Si tratta di una scelta significativa, più simile a quella adottata dal d.lgs. n. 163/2006, in cui i principi in materia di affidamento ed esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture erano pure collocati nel Titolo I della Parte I, ma rimanevano circoscritti al solo art. 2.

Quanto alla consistenza, i principi di cui alla bozza del nuovo Codice appaiono più numerosi e declinati in maniera più esaustiva. In effetti il Codice attuale e quello previgente si limitano a menzionare i principi, per così dire "classici", di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per le fasi di affidamento e di esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, e quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità per la sola fase dell'affidamento, individuati dalla giurisprudenza in materia e in ogni caso originanti da consolidate regole europee. La bozza del futuro Codice comprende invece numerosi "nuovi" principi – intendendo per tali quelli che non compaiono nelle precedenti versioni del Codice nelle disposizioni specificamente relative ai principi –, alcuni del tutto inediti, che influenzano notevolmente il *corpus* normativo del Codice stesso, incidendovi in maniera originale. Inoltre, mentre la formulazione dei principi di cui alle precedenti edizioni del Codice è circoscritta sostanzialmente alla loro enunciazione, rinviando semmai ad altre parti del Codice per le modalità di rispetto degli stessi, quella di cui al testo in esame è più estesa. Questo infatti dedica a ciascun principio (o quasi) un apposito articolo, composto da più commi, che lo declinano in ottica esplicativa.

Nella bozza del nuovo Codice la considerazione dei principi "classici" appare diversa, anche rispetto ai principi "nuovi". In effetti nelle precedenti versioni del Codice i primi sono considerati a sé stanti e sono affermati in relazione alle fasi di affidamento ed esecuzione degli appalti o solo a quella di affidamento. Nella versione oggi proposta dal Consiglio di Stato, invece, i principi "classici" vengono citati, anche più volte, non a sé, ma per spiegare i "nuovi" principi o per indicare le modalità con cui questi devono essere attuati. Conferma quanto precede che i principi "classici" non sono destinatari di un apposito articolo, che li enunci nella propria rubrica, ma sono compresi negli articoli (uno o più) dedica-

ti ai “nuovi” principi. I primi insomma sembrerebbero presupposti dei secondi, il che non vuole dire che sono di minore importanza. Essi infatti sono imprescindibili e sottesi alla disciplina dei contratti pubblici.

3. *I “nuovi” principi*

Come menzionato, nel Titolo I della Parte I la bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici declina un’articolata serie di principi “nuovi”¹¹, in genere adottati in recepimento della giurisprudenza interna ed europea e della normativa europea.

Tra i “nuovi” principi alcuni rivestono singolare rilevanza per la loro portata innovatrice. In particolare quelli che forse più degli altri vorrebbero marcare un cambio di passo rispetto alla tradizionale impostazione degli appalti pubblici sono i principi del risultato e della fiducia (rispettivamente artt. 1 e 2). Questi assumono speciale rilevanza anche in quanto, come si vedrà più avanti, insieme al principio dell’accesso al mercato (art. 3)¹² vengono espressamente considerati quali criteri di interpretazione e di applicazione delle altre norme del Codice (art. 4).

Rientrano tra i “nuovi” principi anche quelli di buona fede e di tutela dell’affidamento (art. 5), che recepiscono la giurisprudenza dell’Adunanza plenaria¹³. In particolare, nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si devono comportare reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell’affidamento (co. 1). In tale contesto è stata introdotta una norma che legittima la pubblica amministrazione a instaurare l’azione di rivalsa nei confronti dell’operatore economico che abbia conseguito l’aggiudicazione illegittima con una condotta contraria ai doveri di buona fede (co. 4).

Trovano spazio nella cornice di principi di cui allo schema del nuovo Codice anche i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6), i quali appaiono effettiva applicazione dell’art. 2 della Costituzione. Nel disciplinare anche i rapporti con gli enti del Terzo settore, recependo la sentenza 26 giugno 2020, n. 131 della Corte costituzionale, la bozza del nuovo Unico Testo sancisce la coesistenza di due modelli organizzativi alternativi per l’affidamento dei servizi sociali,

¹¹ Di nuovo, si intendono qui per tali quei principi che non compaiono nelle precedenti versioni del Codice nelle disposizioni specificamente relative ai principi (art. 2 d.lgs. n. 163/2006 e art. 30 d.lgs. n. 50/2016).

¹² Ai sensi dell’art. 3 della bozza del nuovo Codice, gli enti committenti favoriscono l’accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità e non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Tra i tre principi che assumono rilevanza prioritaria ai sensi del successivo art. 4, quello di cui al menzionato art. 3 appare il meno incisivo, risolvendosi in un’elencazione – in funzione dell’accesso al mercato – di altri principi che da sempre disciplinano il settore dei contratti pubblici e che non introducono elementi innovativi rispetto all’attuale cornice normativa.

¹³ Cons. Stato, ad. plen. 29 novembre 2021, n. 21.

l'uno fondato sulla concorrenza, l'altro sulla solidarietà e sussidiarietà orizzontale, dove il secondo non costituisce una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo.

La bozza del nuovo Codice introduce altresì nella cornice dei principi il principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), o anche principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, secondo cui le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del Codice e del diritto dell'Unione. Con tale principio la citata bozza colloca dunque l'auto-produzione e l'esternalizzazione su un piano di parità, superando la scelta restrittiva di cui al Codice vigente, e allinea maggiormente il diritto nazionale con quello europeo, in cui il principio in parola è già presente nell'art. 2 della direttiva 2014/23/UE¹⁴.

Ancora, il testo oggetto di studio sancisce il principio di autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni (art. 8), che possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal Codice e da altre disposizioni di legge. A tale principio viene accostato, in relazione ai professionisti, il divieto di prestazione intellettuale a titolo gratuito, prevedendo che la pubblica amministrazione debba garantire in ogni caso l'applicazione del principio dell'equo compenso.

In conseguenza degli squilibri contrattuali manifestatisi con drammatica evidenza in occasione della pandemia e della guerra in Ucraina e della conseguente crisi economica e sociale con annessa inflazione, la cornice di principi di cui al progetto nel nuovo Codice comprende anche il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), fino a ora enunciato solo a proposito delle concessioni. In particolare, viene immessa una disciplina generale in materia di rinegoziazione, affermando il sorgere, in capo alla parte svantaggiata, di un diritto di rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali in tutti i casi di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una rilevante alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Il disegno del nuovo Codice comprende altresì nella sua cornice iniziale i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10). Il primo è un principio di garanzia che esprime la scelta di riordinare all'interno del Codice tutte le cause di esclusione, coerentemente coi principi di qualità della regolazione e di coerenza sistematica. Caricandosi di valore precetti-

¹⁴ Introdotto nella bozza del nuovo Codice con l'evidente intento di favorire i soggetti pubblici, e nonostante assente nella legge di delega n. 78/2022, il principio di auto-organizzazione amministrativa può ritenersi un richiamo all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 14 TFUE.

vo, esso vieta alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di introdurre cause di esclusione non espressamente definite dal Codice, ma da regolamenti o dalla *lex specialis* della gara¹⁵. Il secondo costituisce il criterio orientativo della discrezionalità della pubblica amministrazione in materia di requisiti speciali di capacità, affermando il *favor* per l'accesso al mercato e per la possibilità di crescita delle piccole e medie imprese, il quale deve essere bilanciato con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica e deve essere compatibile con le prestazioni da acquisire.

Secondo la proposta del Consiglio di Stato la cornice di principi del nuovo Codice dovrebbe fare spazio anche al principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). In tale modo lo specifico principio di delega verrebbe pienamente attuato e verrebbe imposta l'applicazione, per le prestazioni prevalenti oggetto dell'appalto, di un contratto collettivo nazionale e territoriale di settore di rilevanza nazionale, così escludendo i contratti non rappresentativi.

Infine, nel suo art. 12 la bozza del nuovo Codice contiene un rinvio "esterno" alla legge n. 241/1990 e al Codice civile. Si tratta di una norma di chiusura che integra la disciplina dettata dal Codice e che riprende quanto disposto dall'art. 2, co. 3 e 4, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 30, co. 8, d.lgs. n. 50/2016. Il rinvio alla legge sul procedimento amministrativo opera per quanto non espressamente previsto dal Codice con riguardo «alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici». Il rinvio al Codice civile trova invece applicazione nella fase tipicamente negoziale, in quanto si riferisce alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione¹⁶. In altri termini, viene ripresa la tradizionale distinzione tra formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione retta dai principi del diritto amministrativo e della l. n. 241/90, in quanto applicabile, fino al perfezionamento della volontà contrattuale ivi inclusa la competenza del giudice amministrativo a dichiarare l'inefficacia del contratto, da una parte, e fase di esecuzione del contratto retta dal diritto civile e dalla competenza quasi esclusiva del giudice civile competente, dall'altra.

¹⁵ Con una disposizione che solleva talune perplessità, l'art. 10, co. 2, della bozza del nuovo Codice, dopo avere affermato la tassatività delle clausole di esclusione, sancisce in modo contraddittorio da una parte l'annullabilità delle clausole difformi dunque, da impugnare a pena di decadenza dai termini di pubblicazione del bando, dall'altra la nullità delle clausole nuove, le quali dunque sono impugnabili entro 180 giorni ai sensi dell'art. 31 c.p.a.

¹⁶ La fase di scelta del contraente, che termina con l'aggiudicazione, è nettamente distinta da quella di stipula ed esecuzione del contratto. La fase che termina con l'aggiudicazione infatti ha carattere pubblicistico, poiché retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta della migliore offerta nel rispetto dei principi e nella tutela della concorrenza. La fase negoziale, invece, comincia con la stipula del contratto e prosegue con l'adempimento delle relative obbligazioni il quale è retto dalle norme del diritto privato ed è caratterizzato dalla parità delle parti (Cons. Stato, ad. plen. 20 giugno 2014, n. 14). *Ex multis*, D. Vaiano, *Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, 613.

Non potendo in questa sede approfondire tutti i principi menzionati, ci si limiterà ad analizzare quelli che forse più degli altri segnano una svolta rispetto alle edizioni precedenti del Codice e si caratterizzano – o si vorrebbero caratterizzare – per maggiori innovatività e originalità. Si tratta in particolare dei principi del risultato e della fiducia, la cui pregnanza è confermata, oltre che dall'art. 4, dalla scelta topografica di collocarli all'inizio della cornice di principi.

4. *Il principio del risultato*

Conferendo priorità al risultato più che alle procedure, la bozza del nuovo Codice si apre con il principio del risultato. Tale principio è rivolto essenzialmente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, richiedendo che questi perseguano il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, che ciò venga compiuto con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che ciò avvenga nel rispetto di tre ulteriori ma già radicati principi, ossia quelli di legalità, trasparenza e concorrenza.

Adoperando la tecnica “esplicativa” sopra menzionata, in relazione a tali ultimi principi, il co. 2 dell'art. 1 chiarisce – salvo per il principio di legalità, probabilmente perché troppo ovvio – il motivo per cui essi sono necessari ai fini della piena soddisfazione del principio del risultato.

In particolare, la concorrenza tra gli operatori economici deve essere rispettata in quanto è funzionale a conseguire il migliore risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. In effetti già da tempo la (libera) concorrenza è riconosciuta quale principio guida e *ratio* ispiratrice a fondamento dell'intera disciplina dei contratti pubblici¹⁷ in quanto opera nel duplice senso di accrescere la possibilità di ottenere la migliore prestazione al miglior prezzo, da una parte, e di ampliare il novero degli operatori economici cui è consentita la partecipazione e dunque la possibilità di aggiudicazione dell'appalto, dall'altra. La concorrenza degli appalti pubblici richiama e richiede a sua volta il rispetto di ulteriori principi. Segnatamente, essa è effettivamente rispettata soltanto allorché la gara sia svolta correttamente, ossia quando l'azione amministrativa rispetta i principi di trasparenza, parità di trattamento, *par condicio competitorum*, non discriminazione e massima partecipazione. Tali principi – che si ritrovano menzionati in ordine sparso nell'articolato del Titolo I della bozza del Codice – sono corollari della concorrenza, la declinano e ne garantiscono l'effettività. Ciò è confermato dall'abbondante giurisprudenza amministrativa in materia di appalti pubblici, la quale ricorre costantemente all'uso congiunto dei principi in questione per esprimere

¹⁷ Cons. Stato, ad. plen. 13 novembre 2015, n. 10.

la necessità della correttezza della procedura in termini di garanzia sia della contendibilità della prestazione oggetto di gara, sia dell'adeguatezza delle regole della procedura rispetto alla finalità pubblica dell'approvvigionamento di cui l'amministrazione pubblica ha bisogno¹⁸.

Circa il principio di trasparenza, la bozza del Codice afferma che esso deve essere rispettato in quanto la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice e ne assicura la piena verificabilità. In effetti esso attiene al bisogno di conoscibilità e accessibilità dell'azione amministrativa. In particolare, fondata nella più generale esigenza connessa al buon andamento e all'imparzialità dell'operato delle amministrazioni pubbliche, l'esigenza di trasparenza si esplica nella garanzia, in favore di ogni potenziale offerente, di procedure conoscibili e accessibili, in modo da eliminare i rischi di favoritismo e arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. In considerazione di quanto precede, il principio di trasparenza richiede la formulazione chiara, precisa e univoca, nel bando o nel capitolato d'oneri, di tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione, in modo da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e ordinariamente diligenti di coglierne l'esatta portata e di interpretarle ugualmente e all'amministrazione aggiudicatrice di verificare effettivamente se le offerte dei concorrenti rispettino i criteri disciplinanti l'appalto¹⁹.

Il testo proposto dal Consiglio di Stato connette esplicitamente il principio del risultato con altri principi ancora, rendendolo il perno attorno al quale deve girare la fase dell'affidamento del contratto e quella della sua esecuzione. Segnatamente il co. 3 dell'art. 1 afferma che il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Il principio del risultato viene dunque ancorato a uno dei principi fondamentali dell'azione amministrativa, ossia appunto il buon andamento (art. 97), «vero cardine della vita amministrativa»²⁰, parametro di legittimità delle scelte discrezionali effettuate dal legislatore nell'organizzazione degli apparati e dell'attività amministrativa, canone regolativo che orienta l'amministrazione al raggiungimento del suo fine primario.

La scelta della bozza del nuovo Codice di riferirsi al buon andamento (e ai tre principi correlati) conferma che il principio del risultato è la traduzione di quella tendenza per cui, in conseguenza delle esigenze di razionalizzazione della spesa

¹⁸ Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2016, n. 2976; sez. V, 4 marzo 2008, n. 889. Si vedano L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 294; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 299; A. Zito, *Il Codice dei contratti pubblici: i soggetti ed i principi*, in *Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture*, I, *Il mercato degli appalti*, Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 2010, 10-19.

¹⁹ Corte giust. UE, 6 novembre 2014, C-42/13.

²⁰ Corte cost., 4 dicembre 1968, n. 123.

pubblica e di un suo migliore utilizzo, si è andata attuando una profonda rivoluzione del modo di concepire l'azione del potere pubblico. Tale azione, da esercizio di attività meramente conforme alla legge, è andata via via rispondendo a esigenze diverse, definibili «di attenzione al risultato»²¹, lasciando emergere la «amministrazione di risultato»²² e attribuendo al buon andamento nuovi significati.

Forma di espressione del buon andamento e termine che rinvia a logiche aziendalistiche, il risultato è «la capacità degli enti di soddisfare le esigenze in vista della cui tutela essi sono stati istituiti»²³. La rilevanza del «risultato amministrativo» è il portato di quella riflessione per cui il perseguimento da parte della pubblica amministrazione dei fini predisposti dalla legge richiede che il risultato prefigurato da quest'ultima sia conseguito sollecitamente, secondo un nuovo schema norma-atto-risultato, da intendersi in termini giuridici²⁴. In particolare, ben lontana dall'idea di «risultato a tutti i costi» e da quella della necessaria soddisfazione della pretesa del cittadino, la logica del risultato amministrativo richiede di considerare tempestivamente gli interessi, ponderarli rapidamente e tutelarli efficacemente nel rispetto dei termini e delle logiche di ciascun ambito di attività pubblica.

In altri termini il principio del risultato è teso a migliorare il buon andamento dell'amministrazione e – segnatamente per quanto riguarda la materia dei contratti pubblici – dell'attività delle stazioni appaltanti e degli enti conceden-

²¹ M.R. Spasiano, *Il principio del buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 133.

²² Il fenomeno dell'amministrazione di risultato è emerso nella legislazione successiva alla l. n. 241/1990 (ad esempio, art. 21 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165; art. 25 d.l. 28 novembre 2008, n. 185; artt. 1 e 79 d.l. 25 giugno 2008, n. 112) e si avvale degli apporti della scienza economica, in particolare considerando l'efficienza quale criterio direttivo dell'organizzazione e dell'azione amministrativa. Sull'amministrazione di risultato, *ex multis*: L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; Id., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno di Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 37 ss.; Id. (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato*, in *Dir. e società*, 2000, 1, 101 ss.; A.R. Tassone, *Sulla formula <<Amministrazione per risultati>>*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 816; Id., *Analisi economica del diritto e 'amministrazione di risultato'*, in *Dir. amm.*, 2007, 1, 63 ss.; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 1 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), Torino, 2004; S. Cassese, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati?»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 556 ss. In giurisprudenza ad esempio Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307.

²³ M.R. Spasiano, *Il principio del buon andamento*, cit., 134.

²⁴ Da tale riflessione emerge come il risultato amministrativo faccia parte della norma, conferendo al principio di legalità un significato più coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi pubblici, e traducendo la rilevanza di tale risultato nella «innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa [...] tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione». In merito F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. del dir.* (VI agg.), Milano, 2002, 10.

ti, ossia l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della loro azione nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, identificandosi in quell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa che si concretizza in una risposta certa, chiara e tempestiva e in un'offerta di garanzie di tutela concreta²⁵.

I principi "correlati" al buon andamento – efficienza, efficacia ed economicità – e che ne sono espressione sono volti a garantire che l'amministrazione, mediante il corretto ricorso all'evidenza pubblica, scelga l'operatore economico che sia in grado di garantire il migliore approvvigionamento di beni rispetto alle esigenze di cui alla *lex specialis* di gara. In particolare, il principio di efficacia consiste nella necessità che la stazione appaltante agisca in modo tale che i propri atti risultino idonei rispetto allo scopo cui sono preordinati, ossia nella capacità di ottenere migliori risultati in base agli obiettivi stabiliti²⁶. Il principio di economicità impone l'uso ottimale delle risorse impiegate nell'appalto e il divieto dell'inutile eccedenza di utilizzo di risorse nello svolgimento della gara ovvero nell'esecuzione del contratto²⁷. Infine, il principio di efficienza si sostanzia nel raffronto tra le risorse impiegate ed i risultati ottenuti²⁸. A differenza della versione attuale del Codice (art. 30) e di quella precedente (art. 2), in cui non compare, nella bozza proposta dal Consiglio di Stato esso è accostato ai principi di economicità ed efficacia. Ciò appare significativo, se si considera che l'accostamento avviene all'interno dell'articolo dedicato al principio del risultato. In effetti al principio in parola può attribuirsi anche una definizione aziendalistica, come detto considerata applicabile a un'amministrazione di risultato e secondo cui il principio di efficienza è la misura del massimo raggiungimento di prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse²⁹.

In considerazione di quanto precede si potrebbe sollevare il dubbio che il principio del risultato sia realmente innovativo della materia dei contratti pub-

²⁵ A tale fine sarebbe stato forse utile pensare di introdurre un *auditor* esterno alle parti, con funzioni effettive di controllo e di collaborazione, tali da non lasciare sulla carta l'obiettivo del raggiungimento dei risultati.

²⁶ A. Zito, *Il Codice dei contratti pubblici*, cit., 20; S. Dettori, *Il ruolo dei principi*, cit., 299; R.E. Ianigro, *Art. 2*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, 19-20; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *Art. 2*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 28.

²⁷ R. Cavallo Perin, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, in *Digesto IV delle discipline pubblicistiche*, XV, Torino, 2020, 614; F. Caringella, M. Protto, *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 154-155; R.E. Ianigro, *Art. 2*, cit., 19-20. Per un commento sui principi dell'azione amministrativa: A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, VII ed., 2021, 195 ss.

²⁸ Sul principio di efficienza, *ex multis*, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo (1959-1960)*, vol. I, Milano, 1950, 52; R. Bettini, *Il principio della efficienza nella pubblica amministrazione*, Milano, 1969; O. Sepe, *L'efficienza dell'azione amministrativa*, Milano, 1975; F. Tramontano, *Brevi notazioni in tema di efficienza della P.A.*, in *Nuova rass.*, 1979, 295 ss.; P. Calandra, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1988, 1 ss.

²⁹ R. Cavallo Perin, voce *Validità del provvedimento e dell'atto amministrativo*, cit., 613.

blici. Si è detto infatti che esso appartiene al concetto generale della c.d. amministrazione di risultato e che questo trova i suoi cardini nell'efficienza, nell'efficacia e nell'economicità. Queste però sono ben lungi dall'essere sconosciute alla materia suddetta. Esse in effetti sono da tempo scolpite nella legge sul procedimento amministrativo³⁰, che è richiamata non solo dall'art. 12 della bozza del nuovo Codice, ma anche dalle due precedenti edizioni dello stesso (art. 2, co. 4, d.lgs. n. 163/2006 e art. 30, co. 8, d.lgs. n. 50/2016). Queste ultime, inoltre, affermano la necessità di rispettare i principi di economicità ed efficacia nell'affidamento e nell'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture (art. 2, co. 1, d.lgs. n. 163/2006 e dall'art. 30, co. 1, d.lgs. n. 50/2016). Di conseguenza, nello schema del Codice qui oggetto di studio il principio del risultato sembrerebbe trovare solamente un'espressa (forse sovrabbondante) enunciazione, laddove era già implicitamente sotteso alla disciplina dei contratti pubblici.

Procedendo nell'analisi del principio del risultato come declinato dalla bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, esso appare finalisticamente orientato. Tale principio infatti deve essere perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea (co. 4). Questa specificazione, se da un lato non è necessaria in quanto l'amministrazione deve in ogni caso perseguire, oltre all'interesse pubblico primario cui è preposta, l'interesse della comunità e gli obiettivi europei, dall'altra appare richiamare implicitamente quegli interessi – esigenze sociali, tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico – menzionati nelle precedenti edizioni del Codice, pur se solo con riferimento al principio di economicità, quali fonti di ispirazione dei criteri cui quest'ultimo può essere subordinato³¹, e che sono certamente obiettivi delle politiche europee.

Al principio del risultato viene attribuita primaria rilevanza. Oltre a essere menzionato tra i criteri interpretativi e applicativi del Codice (art. 4), tale principio viene specificamente indicato quale criterio³² prioritario da seguire in una serie di circostanze, ossia: (i) per l'esercizio del potere discrezionale, (ii) per l'in-

³⁰ L'art. 1 l. n. 241/1990 include l'efficacia e l'economicità tra i criteri (e non principi) che reggono l'attività amministrativa. Inoltre, l'art. 3-bis menziona l'obiettivo delle amministrazioni pubbliche di conseguire maggiore efficienza nella loro attività.

³¹ Art. 30 d.lgs. n. 50/2016 e art. 2 d.lgs. n. 163/2006.

³² L'indicazione del principio del risultato quale criterio potrebbe suggerire che il risultato sia più che un principio, un criterio orientativo del Codice dei contratti pubblici. Allo stesso modo, anche l'economicità, l'efficacia e l'efficienza, che sono espressione del buon andamento di cui il principio del risultato costituisce attuazione, potrebbero essere ritenute non principi, ma criteri. Così d'altra parte l'economicità e l'efficacia sono qualificate nella legge sul procedimento (art. 1, co. 1). La scelta dell'uno o dell'altro termine può essere non di poco conto. In effetti mentre il termine "criterio" può esprimere una regola indicativa e parzialmente elastica, il termine "principio" assume un significato senza dubbio più pregnante. In questo senso V. Italia, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, Milano, 1970, 310.

dividuazione della regola del caso concreto, (iii) per valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti³³ e (iv) per attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva (art. 1, co. 4). In altri termini, il principio del risultato sembra essere considerato quale nuova principale bussola della disciplina dei contratti pubblici, della sua applicazione e delle relative conseguenze, incidendo sui comportamenti concreti delle stazioni appaltanti.

Infine, in coerenza con la “nuova” logica del risultato scelta dalla schema del nuovo Codice e con la priorità ad essa attribuita in sostituzione di quella relativa alla garanzia delle procedure, si possono osservare alcune altre novità.

Innanzitutto, ai funzionari delle stazioni appaltanti viene attribuita una nuova denominazione. In effetti, mentre nel Codice attualmente vigente essi vengono indicati quali responsabili unici *del procedimento*, la bozza del nuovo Codice attribuisce loro la denominazione di responsabili unici *del progetto*, incaricati delle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di ciascuna procedura soggetta al Codice (art. 15)³⁴. Si tratta di un tentativo di imitare il *project manager* dell’impresa, che tuttavia, a differenza del RUP, lavora secondo le logiche e le norme del diritto privato. Nell’ambito della supervisione affidata al RUP rientra infatti ad esempio anche il controllo della legittimità formale delle procedure di gara. Il tentativo sembrerebbe dunque semmai più conciliabile con la fase dell’esecuzione della gara piuttosto che con quella dell’affidamento.

Ancora, con l’intento di porre fine alla malsana prassi di gare della durata di anni, la bozza del nuovo Codice introduce il principio per cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono concludere le procedure di affidamento entro termini predeterminati, stabiliti da un allegato al decreto legislativo. L’effettiva attuazione della disposizione viene garantita dalla duplice previsione per cui il superamento dei termini integrerà la fattispecie di silenzio inadempimento e sarà valutato anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede. Tale regola vale anche nel caso di pendenza di contenzioso, con ciò impedendo a un’altra deplorabile prassi, quella dei ricorsi al giudice amministrativo, di servire da giustificazione per bloccare l’azione amministrativa e superare le scadenze (art. 17, co. 3 e 10)³⁵.

³³ Occorre leggere tale indicazione in coordinamento con il successivo principio della fiducia.

³⁴ Ai sensi dell’art. 15, co. 4, della bozza del Codice, tuttavia, ferma l’unicità del RUP e se il RUP lo richiede, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono nominare un responsabile di procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e un responsabile di procedimento per la fase di affidamento, salve in ogni caso le funzioni di supervisione, indirizzo e coordinamento del RUP.

³⁵ Tuttavia, rimane fermo il potere di sospensiva del giudice amministrativo.

5. *Il principio della fiducia*

Come menzionato, lo schema del nuovo Codice introduce all'art. 2 un ulteriore nuovo principio nella materia dei contratti pubblici, ossia il principio della fiducia, anche in questo caso declinandolo in maniera estesa.

Il principio della fiducia indica una relazione, la quale deve svolgersi in via "reciproca", tra l'amministrazione e i suoi funzionari, da una parte, e gli operatori economici, dall'altra. L'oggetto della reciproca fiducia è l'azione legittima, trasparente e corretta dei predetti soggetti. Secondo una disposizione dalla valenza più programmatica che concreta, tale principio viene indicato quale fondamento dell'attribuzione e dell'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici (co. 1).

Ricorrendo di nuovo a una disposizione simile a una dichiarazione di intenti, al principio di fiducia viene attribuita una duplice funzione, che riguarda specialmente i funzionari pubblici. Esso infatti favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale di questi ultimi, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo l'appena menzionato principio del risultato (co. 2).

Al fine di rendere maggiormente effettive l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, la bozza del nuovo Codice definisce puntualmente e delimita in senso restrittivo i casi di colpa grave suscettibili di dare luogo alla responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici. In particolare, nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, costituiscono colpa grave ai fini della responsabilità amministrativa solo la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, e la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto.

Espressamente viene invece esclusa la colpa grave nei casi di violazione o omissione che sia stata determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti (co. 3). Chiaro scopo di tale previsione è sottrarre alle ipotesi di colpa grave – e dunque alla responsabilità erariale, che non opera in caso di colpa lieve – tutte quelle condotte non palesemente ascrivibili a violazioni di norme o a regole di ordinaria cautela. Pur se tale previsione mantiene comunque rilevanti margini di interpretazione discrezionale su ciò che può essere considerato palese violazione e ciò che non lo è, tuttavia la bozza del Codice intende dare un segnale per smorzare i timori, più o meno giustificati a seconda dei casi, che sovente bloccano l'attività amministrativa dei funzionari pubblici, costantemente preoccupati di eventuali azioni di responsabilità erariale.

A garanzia e promozione della fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i programmi di formazione specialistica del personale di cui all'articolo 15, comma 7 (co. 4).

Tutto ciò posto, pur se operata con l'obiettivo di restituire fiducia alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, in parte logorata nella più recente evoluzione della disciplina pervasa da invasive preoccupazioni anticorruzione, l'introduzione del principio della fiducia solleva tuttavia talune perplessità. Si potrebbe innanzitutto obiettare che il principio della fiducia sia in realtà scarsamente innovativo. Una sua declinazione è infatti già presente nella legge sul procedimento amministrativo, la quale menziona la buona fede quale principio cui devono essere improntati i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione (art. 1, co. 2-*bis*). Buona fede e legittimo affidamento sono inoltre già affermati dalla bozza del Codice (art. 5), quali principi da rispettare nella procedura di gara³⁶. Tuttavia il principio della fiducia appare riferirsi sia alla fase dell'affidamento che a quella dell'esecuzione, facendo esso tra l'altro riferimento alle valutazioni e alle scelte dei funzionari «per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni» e, riguardo alla responsabilità amministrativa, alle fasi di «programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti». Le difficoltà sono evidenti, soprattutto di fronte all'indeterminatezza del contenuto normativo del principio. Ciò nonostante occorre riflettere prima di cedere alla tentazione, ricorrente di fronte all'indeterminatezza del contenuto normativo dei principi e delle clausole generali, di limitarne, in nome della certezza del diritto, il più possibile l'utilizzazione negli ordinamenti positivi³⁷.

Come noto, l'elemento fiduciario non è estraneo al nostro ordinamento. Valore giuridico o normativo, e ancora prima "fatto" senza il quale non si può dare ordine sociale, la fiducia, derivante dal latino "*fides*", è congenita nel diritto³⁸. La dottrina giuridica non distingue compiutamente tra "fiducia" e "fede" ("buona fede"). Ciò spiega perché uno dei luoghi di elezione per una riflessione giusteoria sulla

³⁶ Si noti che la giurisprudenza amministrativa si mostra sempre più orientata a riconoscere una responsabilità precontrattuale in capo alla stazione appaltante la quale durante la fase formativa del contratto infranga i doveri di lealtà e correttezza, ponendo in essere condotte che non salvaguardano l'affidamento della controparte in modo da compromettere la sua fiducia sulla conclusione del contratto (Cons. Stato, sez. VI, 1° febbraio 2013, n. 633). Sul rapporto tra principio della fiducia e principi di buona fede e tutela dell'affidamento si rinvia al paragrafo successivo.

³⁷ A. Corsale, *Certezza del diritto (profili teorici)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 5.

³⁸ G. Greco, *Il diritto della fiducia*, in A. Petrucci (a cura di), *I rapporti fiduciari: temi e problemi*, Torino, 2020, 215. Sulla fiducia e la sua nozione all'interno del diritto: N. Luhmann, *La fiducia*, 1968, trad. a cura di R. De Giorgi (a cura di), Bologna, 2002, 45 e 54.

“fiducia” è la scienza del diritto privato laddove ricostruisce e commenta la disciplina contrattuale, in particolare l’interpretazione del contratto che, come indicato dall’art. 1366 del Codice civile, deve «essere interpretato secondo buona fede».

Se nel diritto privato l’elemento fiduciario caratterizza quel rapporto *intuitu personae* tra le parti private, nel diritto dei contratti pubblici tale elemento può suscitare alcune perplessità. In particolare queste potrebbero destarsi in relazione alla fase dell’affidamento, in cui il rapporto tra operatori privati, da una parte, e l’amministrazione e i suoi funzionari, dall’altra, non appare costruito sulla base della fiducia personale reciproca e non appare potersi definire compiutamente appartenente ai rapporti *intuitu personae*. In effetti nella fase di affidamento l’amministrazione e i pubblici funzionari, nell’esercizio dei loro poteri amministrativi, sono chiamati a selezionare – e non liberamente scegliere – il contraente sulla base non di un rapporto *intuitu personae*, ma delle regole dell’evidenza pubblica da applicare con imparzialità. L’amministrazione e i funzionari agiscono seguendo i canoni del potere rispetto al quale gli operatori economici sono in posizione di subordinazione, e non di parità. Gli operatori economici, dall’altra parte, godono del legittimo affidamento, sufficiente per generare quella “fiducia” nel diritto innanzitutto e nell’azione corretta e legittima della pubblica amministrazione.

Se dunque il principio della fiducia potrebbe non apparire conforme al modello prescelto per la fase dell’affidamento (potere e interesse legittimo) in quanto nel rapporto tra stazione appaltante e privati concorrenti manca quella relazione paritaria di cui il principio stesso sembra necessitare, diverso invece può ritenersi riguardo alla fase dell’esecuzione. A conferma di quanto precede, come visto, la bozza del Codice, non diversamente dalle edizioni precedenti, prevede che, per quanto dallo stesso non espressamente previsto, l’attività contrattuale si svolge nel rispetto delle disposizioni stabilite dal Codice civile (e non dalla legge n. 241/1990, applicata invece per la fase dell’affidamento).

Ciò posto, l’elemento fiduciario tuttavia non può ritenersi del tutto estraneo alla fase dell’affidamento. In effetti, considerato che tale fase costituisce il momento genetico del rapporto contrattuale tra la pubblica amministrazione e l’operatore economico, essa è chiamata ad assicurare la sussistenza dell’elemento fiduciario necessario nella successiva fase contrattuale. In tale prospettiva, ad esempio, la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che l’esclusione dalla gara d’appalto – che avviene nella fase dell’affidamento – si fonda sulla necessità di garantire l’elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico³⁹. Seguendo tale ragionamento,

³⁹ Tale giurisprudenza si è sviluppata con riferimento alla causa di esclusione di cui all’art. 38, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006, la cui *ratio* risiede nella volontà di consentire alla stazione appaltante di valutare globalmente l’affidabilità di un’impresa. Si vedano Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2017, n. 3444; sez. IV, 11 luglio 2016, n. 3070; sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107; sez. V, 27 gennaio 2010, n. 296.

l'elemento fiduciario può dunque trovare luogo anche nella fase dell'affidamento, entrando dalla finestra, in quanto fase che costituisce il momento genetico di quei rapporti contrattuali in cui la presenza del predetto elemento è necessaria.

5.1. *Il rapporto tra il principio della fiducia e i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento*

L'analisi del principio della fiducia richiede un raffronto coi principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, sanciti nell'art. 5 della bozza nel nuovo Codice, al fine di individuare quale rapporto sussiste tra di essi.

Partendo dal dato normativo, si è già osservato che mentre il principio della fiducia appare riferirsi sia alla fase dell'affidamento che a quella dell'esecuzione, i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento sono riferiti alla sola fase della gara. Quanto al dato soggettivo, il principio della fiducia viene riferito all'amministrazione, ai suoi funzionari e agli operatori economici, concentrandosi in particolare sui funzionari, che appaiono i veri "beneficiari" della norma (art. 2, co. 2, 3 e in definitiva anche 4)⁴⁰. I principi di buona fede e di tutela dell'affidamento invece sono riferiti alle stazioni appaltanti, agli enti concedenti e agli operatori economici e sono declinati in particolare in relazione a questi ultimi, che appaiono da una parte "beneficiari" (art. 5, co. 2) della norma, dall'altra da questa "limitati" (art. 5, co. 3 e 4).

Passando al dato etimologico, "fiducia" deriva dal latino "*fides*", termine che compone la "*bona fides*", rivelando la stretta connessione tra i due concetti. Ugualmente può dirsi sotto il profilo storico-giuridico. In effetti la buona fede ha le sue radici nella "*fides*", istituto del diritto romano⁴¹. In particolare, alle origini di tale diritto la "*fides*" veniva applicata nelle relazioni fondate su situazioni di disuguaglianza tra le parti⁴², sia nei rapporti tra singoli che tra popoli diversi.

⁴⁰ La rilevanza attribuita ai funzionari (oltre che in generale all'amministrazione) appare peraltro coerente con la ricostruzione dell'elemento fiduciario quale elemento da garantire nei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione fin dal momento genetico. Si veda in merito il paragrafo precedente.

⁴¹ P. Frezza, *Fides Bona*, in Aa.Vv., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 3 ss. ora in *Scritti*, III, Roma, 2000, 661 ss. e anche L. Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961. Sulla buona fede, *ex multis*, E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlino, 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556 ss., che aveva ritenuto irrilevante la buona fede nel diritto pubblico; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001; C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, 197; G. Tulumello, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in *Giustamm.it*, n. 5/2022.

⁴² In questi casi, il richiamo alla *fides* assumeva un aspetto etico, poiché il soggetto più debole del rapporto si affidava all'altro, certo che il potere di supremazia sarebbe stato esercitato in modo tale da non compor-

Essa comportava l'affidamento di un soggetto (individuo o popolo) in posizione di minorità a un altro, che esercitava nei suoi confronti un potere di disposizione. Al soggetto sottoposto non restava che richiamarsi alla *fede* e alla buona volontà dell'altro (vincitore) affinché, in nome di superiori principi etici o religiosi, non inferisse con obblighi troppo gravosi. Solo in un secondo momento la *fides* iniziò a rilevare anche nei rapporti paritari, costituendo elemento necessario delle obbligazioni, soprattutto di quelle in cui l'esecuzione poteva essere differita nel tempo o comunque avvenire con una certa discrezionalità delle parti. Sviluppatesi in particolare nei rapporti sinallagmatici, la *fides* cominciò ad assumere una funzione più propriamente giuridica, individuando nel concetto di *bona fides* il corretto criterio di comportamento del *bonus vir* e dunque introducendo nell'ordinamento una sorta di standard valutativo dell'adempimento delle obbligazioni⁴³.

In considerazione di quanto precede, è possibile svolgere due osservazioni.

La prima è che la buona fede (*bona fides*) non è che un'evoluzione e una specificazione della fiducia (*fides*), la quale dunque ne costituisce il "ceppo" principale. Come il principio di tutela dell'affidamento è la principale ipotesi dell'applicazione del principio di buona fede nel diritto amministrativo e particolare manifestazione di tale principio⁴⁴, così la buona fede appare applicazione e particolare e forse principale manifestazione del principio di fiducia. In effetti, se l'affidamento è una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da un'aspettativa generata dall'altrui comportamento (o inerzia) e tutelata dal principio di *buona fede* che prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui *fiducia*⁴⁵, allora può dirsi che la buona fede, che tutela l'affidamento, proviene dalla fiducia e comporta la tutela di quella fiducia generata dal precedente comportamento altrui⁴⁶.

La seconda è che il principio di fiducia, declinato nei rapporti tra amministrazione/funzionari e operatori economici, sembra (soprattutto per quanto riguarda la fase dell'affidamento)⁴⁷ riportare l'istituto fiduciario all'originaria *fides* romana, applicata come visto nelle relazioni fondate su situazioni di disegualianza tra le parti e avente tratti più marcatamente etici. Il principio in esame appa-

tare un aggravio dell'obbligazione.

⁴³ Per una ricostruzione delle origini della buona fede: F. Manganaro, *Principio di buona fede*, 14 ss.

⁴⁴ F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 2.

⁴⁵ Ivi, 127.

⁴⁶ Sulla fiducia generata dal precedente comportamento della pubblica amministrazione: F. Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 139, secondo cui «si intende parlare di applicabilità della buona fede all'attività amministrativa con riferimento alla buona fede in senso oggettivo e, in particolare, [...] a quella manifestazione della buona fede che comporta la tutela della fiducia generata da un precedente comportamento della pubblica amministrazione».

⁴⁷ Si veda il paragrafo precedente sulla distinzione tra fase dell'affidamento e fase dell'esecuzione in relazione all'elemento fiduciario.

re infatti inserito in una norma a contenuto elastico tesa a introdurre nell'ambito giuridico un principio più precipuamente appartenente all'etica⁴⁸.

Alla luce di tutto quanto sopra, tra il principio della fiducia da una parte e i principi di buona fede e tutela dell'affidamento appare instaurarsi un rapporto di *genus a species*, in cui il primo è origine e categoria più generale e ampia rispetto ai secondi. Quanto precede appare coerente con l'art. 4 della bozza del nuovo Codice, da cui non si può prescindere per delineare il rapporto esistente tra principio della fiducia e principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Come menzionato e come si vedrà meglio nel séguito, l'art. 4 qualifica infatti il principio della fiducia quale criterio applicativo e interpretativo di tutte le norme del Codice, tra cui anche quella relativa ai principi di buona fede e tutela dell'affidamento. Questi dunque, come tutte le altre norme del Codice, devono essere interpretati, applicati e ricondotti al principio di fiducia, che quindi ne costituisce una sorta di principio-ombrello e bussola orientatrice.

6. *Il rapporto tra i principi. Considerazioni conclusive*

Illustrata la cornice di principi disegnata dalla bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, e messo in luce come i principi del risultato e della fiducia, pur inediti con riguardo alla loro enunciazione, potrebbero risolversi in affermazioni di carattere generale con circoscritto effetto pratico, occorre ora domandarsi quale sia il rapporto tra di essi.

Come accennato, l'art. 4 sancisce che le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai (soli) principi di cui agli artt. 1, 2 e 3. A tali tre principi, in altri termini, devono essere ricondotte le altre disposizioni del Codice in sede di applicazione e interpretazione delle stesse. L'art. 4 sembrerebbe dunque suggerire una differenza di peso tra i principi di cui ai primi tre articoli – i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato – rispetto agli altri principi di cui agli articoli successivi, tracciando una linea di demarcazione tra i primi e i secondi, e suscitando talune perplessità. In effetti i principi di diritto relativi a uno stesso settore dovrebbero tutti fungere da criteri di interpretazione e applicazione delle norme di quel settore (è proprio questa la loro funzione precipua), senza necessità di una specificazione particolare al riguardo. Infatti, pur se nelle precedenti edizioni del Codice non vi è una disposizione analoga all'art. 4, i principi ivi menzionati sono ritenuti comunque tutti dotati di una funzione interpretativa tale per cui le disposizioni del Codice devono essere sempre lette coerente-

⁴⁸ In F. Manganaro, *Principio di buona fede*, cit., 118, il dovere di buona fede viene definito quale norma a contenuto elastico che intende introdurre nell'ambito giuridico un principio etico.

mente con essi⁴⁹. In conseguenza di quanto precede, la differenziazione tra le due “categorie” di principi che la bozza del nuovo Codice propone (ossia quella relativa agli artt. 1, 2 e 3 e quella relativa agli articoli successivi) rischia di diminuire, se non di mortificare, la funzione dei principi non specificamente indicati come criteri interpretativi e applicativi.

Ciò posto, pur se la bozza del Codice dei contratti pubblici delinea la predetta distinzione tra i principi di cui ai primi tre articoli e gli altri principi, essa tuttavia non appare necessariamente affermare una gerarchia tra i principi. In altri termini, il testo provvisorio del nuovo Codice non indica una maggiore dignità di taluni principi rispetto ad altri, ma esplicita meramente, con riferimento a taluni, la natura di criteri interpretativi e applicativi del Codice per rimarcare come le norme di questo devono in ogni caso essere infine ricondotte ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3. D'altronde, da una parte, i principi, proprio in quanto tali, dovrebbero avere come detto pari dignità e valore, dall'altra, è propria dei principi la loro attitudine a rendersi relativi per potersi conciliare reciprocamente⁵⁰. Sembrerebbe dunque che – non diversamente da quanto accaduto fino a ora nelle esperienze delle precedenti edizioni del Codice, in cui tra i principi non vi è gerarchia – possa spettare all'eventuale interprete desumere la maggiore dignità di uno o di un altro principio a seconda dei casi, sulla base di una valutazione in concreto, che tenga in considerazione anche la fonte di provenienza nazionale o comunitaria dei principi da applicare⁵¹.

Alla luce di tutto quanto sopra, la bozza del terzo Codice dei contratti pubblici, nel disegnare una nuova cornice di principi, costituisce una via di mezzo tra continuità e cambiamento, affiancando elementi e schemi tradizionali ad altri innovativi. Nonostante l'apparente patina di novità, questi ultimi tuttavia non sempre appaiono pienamente originali. Inoltre gli stessi lasciano talvolta sorgere il sospetto di non essere destinati ad avere un esteso effetto pratico, rimanendo in ogni caso ferma la consapevolezza che al fine della comprensione della loro effettiva portata applicativa, ossia di quanto gli stessi siano capaci effettivamente di incidere sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme dettate negli articoli successivi e quanto invece si risolvano in affermazioni di carattere generale con un circoscritto effetto pratico, l'analisi astratta non è sufficiente, ma occorre attendere l'eventuale prassi applicativa.

⁴⁹ G. Morbidelli, *Art. 2*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (diretto da), *Commentario al Codice dei contratti pubblici, Artt. 1-120*, Milano, 2013, 10.

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 171.

⁵¹ Considerato il primato del diritto comunitario, i principi provenienti da tale diritto si pongono in una posizione sovraordinata e devono prevalere rispetto alle previsioni di diritto nazionale degli Stati membri.

Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici

Dopo il decreto legislativo n. 163/2006 e il decreto legislativo n. 50/2016, è ormai prossima l'adozione di un terzo Codice dei contratti pubblici. A tale fine l'apposita Commissione speciale del Consiglio di Stato ha di recente redatto una bozza del nuovo testo del Codice. Tale bozza comprende una serie di novità, tra cui l'introduzione di una nuova e articolata cornice di principi della disciplina dei contratti pubblici. Tra gli elementi più innovativi, o che vorrebbero essere tali, della predetta cornice vi sono il principio del risultato e quello della fiducia, su cui lo studio specificamente si sofferma. Obiettivo del presente studio è dunque svolgere le prime riflessioni e fornire le prime indicazioni in merito alla nuova cornice di principi di cui alla bozza del Codice, e in particolare in merito ai due principi suddetti, in modo da fare fronte all'eventuale applicazione della nuova disciplina.

A new framework of principles for public contracts

After the Legislative Decree No. 163/2006 and the Legislative Decree No. 50/2016, the adoption of a third Public Contracts Code is now imminent. To this end, the special Commission of the Council of State has recently drawn up a draft of the new text of the Code. This draft includes a series of innovations, including the introduction of a new and articulated framework of principles for the regulation of public contracts. Among the most innovative elements, or which would like to be such, of the aforementioned framework are the principle of result ("principio del risultato") and the principle of trust ("principio della fiducia"), on which the study specifically focuses. The aim of this study is therefore to carry out the first reflections and provide the first indications regarding the new framework of principles referred to in the draft of the Code, and in particular regarding the two aforementioned principles, in order to deal with the possible application of the new discipline.

La transizione digitale della pubblica amministrazione italiana nella prospettiva europea. Considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza

Salvatore Palumbo

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Integrazione europea ed evoluzione della nozione di “mercato interno”: quale modello per la digitalizzazione della p.a. nell’Unione europea? – 2.1. La questione della competenza normativa unionale. – 2.2. L’interrogativo sul modello amministrativo. – 3. La digitalizzazione quale fattore di uniformità e accentramento dei poteri pubblici. – 4. Limiti e controlimiti alle tesi centripeta. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Profili introduttivi*

La crisi pandemica ha portato con sé una depressione economica di importante rilievo. Una congiuntura negativa particolarmente accentuata dal fatto di essersi verificata quando non erano ancora stati riassorbiti gli effetti della doppia recessione, dovuta alla crisi finanziaria globale e a quella dei debiti sovrani¹.

Per far fronte a tale complessa situazione economico-sociale, l’Unione europea ha avviato un articolato e propositivo dibattito istituzionale, che ha condotto all’adozione di uno strumento comunitario utile al superamento della congiuntura in atto. È nell’ambito di tale strumento, definito tecnicamente come Dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*)², che si colloca il Piano Nazionale italiano di Ripresa e Resilienza (PNRR)³. In particolare, il

¹ In questo senso I. Visco, *Risparmio, investimenti e crescita economica. Oltre la pandemia*, in *Bancaria*, 2021, 2, 54 ss.

² In avanti anche RRF.

³ La ricostruzione qui è limitata al Programma Next Generation EU, ma le risposte in ambito unionale sono state più articolate, attraverso: a) un quadro temporaneo sugli aiuti di Stato, per promuovere l’intervento dei poteri pubblici a supporto delle imprese; b) un nuovo programma di acquisto di titoli da parte della Banca centrale europea (c.d. Pandemic Emergency Purchase Programme); c) è stata attivata la clausola di salvaguardia

27 maggio 2020, in risposta alla crisi senza precedenti causata dal coronavirus, la Commissione europea ha proposto lo strumento temporaneo per la ripresa denominato Next Generation EU. Successivamente il Parlamento europeo e il Consiglio hanno raggiunto un accordo sullo strumento dell'Unione europea a sostegno della ripresa economica dopo la crisi COVID-19⁴, elemento chiave su cui poggia Next Generation. Infine, il 12 febbraio 2021 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato definitivamente il Regolamento (UE) 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

Dal canto suo l'Italia si è attivata predisponendo un Piano nazionale, rispondente ai parametri indicati dall'Unione per accedere ai relativi finanziamenti, che nello specifico consistono in contributi a fondo perduto e prestiti. Il 13 luglio 2021 il PNRR dell'Italia è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio⁵, che ha recepito la proposta della Commissione europea.

Per quanto maggiormente interessa in questa sede, il Programma NGEU e in particolare il Dispositivo segnano una forte presa di posizione dell'Unione nel campo della digitalizzazione della pubblica amministrazione, giacché la trasformazione digitale rappresenta uno dei sei pilastri sui quali si articola l'ambito applicativo del RRF (art. 3, Reg. UE 2021/241), nonché obiettivo generale dello stesso programma (art. 4)⁶.

Provando ora a fornire delle prime indicazioni introduttive, il programma finanziario europeo è stato salutato con largo favore nella dottrina pubblicistica e non solo, ove è stato reputato utile ad «aprire una finestra di opportunità irripetibili per innalzare la qualità del sistema produttivo e dell'azione pubblica, sui livelli necessari al rilancio della produttività»⁷. Per tale ragione, agli indirizzi provenienti dall'Europa concretizzati nel NGEU, va riconosciuto il merito di sfa-

che ha consentito la sospensione del patto di stabilità e crescita per fare fronte alle conseguenze negative della pandemia (cfr. P. Clarizia, M. Manocchio, P. Marconi, B.P. Amicarelli, G. Mocavini, R. Morgante, G. Napolitano, A. Renzi, *I Piani nazionali di ripresa e resilienza in prospettiva comparata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2021, 4, 1137 ss.).

⁴ Regolamento (UE) 2020/2094.

⁵ Alla Decisione è allegato un corposo allegato (in lingua italiana) con cui vengono definiti, in relazione a ciascun investimento e riforma, precisi obiettivi e traguardi, cadenzati temporalmente, al cui conseguimento si lega l'assegnazione delle risorse su base semestrale.

⁶ A livello nazionale, le misure previste dal Piano italiano si articolano intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: 1) digitalizzazione e innovazione; 2) transizione ecologica; 3) inclusione sociale. Seguendo le linee direttive elaborate dalla Commissione europea, il PNRR raggruppa i progetti di investimento e di riforma in 16 Componenti, raggruppate a loro volta in 6 Missioni. In questa sede il focus è diretto alla Missione n. 1, la quale ha come obiettivo generale quello di dare un «impulso decisivo al rilancio della competitività e della produttività», mediante investimenti idonei a garantire un deciso salto di qualità nel percorso di digitalizzazione del Paese. La Missione in oggetto investe alcuni ampi settori di intervento tra i quali, appunto, quello della digitalizzazione e modernizzazione della p.a.

⁷ I. Visco, *op. cit.*, 59.

tare il mito della digitalizzazione a costo zero⁸, una finta credenza che ha spesso accompagnato gli interventi legislativi nazionali di riforma⁹.

A ciò si aggiunge che con il Dispositivo di ripresa e resilienza le soluzioni vengono adottate all'interno della cornice istituzionale euro-unitaria, mediante ricorso a risorse reperite grazie all'ausilio della Banca centrale europea¹⁰, superando così l'immobilismo che aveva caratterizzato gli anni passati¹¹. Specie sul piano interno, inoltre, è stato segnalato un cambio nella metodologia impiegata. Ovvero cominciano a comparire delle nette differenze rispetto a progetti di riforma avviati in passato, nei quali l'obiettivo è stato spesso confuso interamente coi mezzi, anziché col risultato concreto e misurabile¹². Rimane aperta però la questione della portata più o meno vincolante di un simile programma nazionale, non essendo tuttora chiaro quanto possa effettivamente condizionare i futuri governi che si succederanno alla guida del Paese¹³.

Quanto agli aspetti di maggiore criticità, la gestione dell'emergenza epidemiologica è stata accusata di aver prodotto «una cesura epocale, nel quadro dell'ordinamento sovranazionale poiché ha accentuato le già complesse relazioni

⁸ Cfr. criticamente in questo senso M. Clarich., *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, 1, 169-182, spec. 177; D.U. Galetta., *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal PNRR e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, 09 marzo 2022.

⁹ Si veda da ultimo l'ampio progetto di riforma del Codice dell'amministrazione digitale attuato con il D.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, ove tra le disposizioni finanziarie (art. 67) si stabilisce che «all'attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

¹⁰ Cfr. Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020, art. 3.

¹¹ Il fondamento di un simile mutamento di approccio può presumibilmente essere rinvenuto nella consapevolezza degli scarsi effetti sortiti dalle azioni comunitarie rispetto alle recenti congiunture negative trascorse. Coscienza poi corroborata dal diffuso livello di allerta circa la vastità della pandemia e delle sue note e impo-
nenti ricadute economiche e sociali.

¹² Cfr. M. Clarich, *op. cit.*, 177, ove l'A. afferma che «non si deve cadere nell'illusione che l'attuazione delle riforme, una volta approvata la legge, proceda in modo automatico». Per questa ragione, si è osservato come «profondamente diversa, se non opposta, è la prospettiva del PNRR. Esso è composto, nell'essenza, da una decisione di investimento in un periodo di tempo determinato, e da risultati da raggiungere in quel periodo attraverso quell'investimento», così G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, 4, 716, ove l'A. fa notare anche come nel Piano le riforme sono in parte un risultato da conseguire, in parte lo strumento per conseguire il risultato. Per una recente e approfondita analisi del nodo delle riforme della p.a. v. anche S. Casese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1, 1 ss.; F. Fracchia, *La difficoltà di riformare l'amministrazione*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 2015, 1, 40 ss.

¹³ Una parte della dottrina ha parlato finanche di ritorno all'indirizzo «politico normativo», ovvero di programma puntualmente delineato nei tempi e nei fini che divengono giuridicamente vincolanti cfr. A. Scior-
tino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. un ritorno all'indirizzo politico «normativo?»*, in *federalismi.it*, 28 luglio 2021. Si tratta comunque di una questione ancora aperta, che si inserisce in un panorama ancora più ampio di nodi da sciogliere v. N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 12 gennaio 2022.

tra l'Unione Europea e gli Stati nazionali, stressando questioni latenti e introducendone nuove»¹⁴.

Ulteriori profili critici hanno accompagnato poi le dinamiche decisionali sottese alla riforma. Più nel dettaglio queste ultime sono state ricondotte alla tendenza accentratrice del potere decisorio, riscontrabile sul piano europeo e su quello nazionale, ove le autonomie locali interne sono rimaste sostanzialmente fuori dal processo deliberativo¹⁵.

In simile contesto viene confermato il ruolo – non sempre evidente – delle politiche finanziarie patrocinate dall'Unione. Queste ultime rivelano essere strumenti utili alla Commissione per rafforzare il proprio ruolo e per acquisire il consenso dei governi nazionali, indipendentemente da formali attribuzioni di competenza¹⁶. Sotto questo profilo emerge una crescente ingerenza regolatoria dell'Unione in un settore centrale – quello dell'ordinamento delle amministrazioni nazionali – in assenza di una specifica attribuzione di tale funzione nei Trattati fondamentali¹⁷.

Quanto all'aspetto attuativo, come noto il disegno originario proprio della Comunità economica europea era nel segno di un'amministrazione indiretta da parte dell'entità sovranazionale, con margini assai limitati di competenza amministrativa diretta, sostanzialmente rilegati al settore della concorrenza.

Più di recente, tuttavia, l'amministrazione europea si è sempre più orientata verso forme di co-amministrazione, detta anche amministrazione condivisa.

¹⁴ In questi termini A. Sandulli, *Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*, in *Diritto Pubblico*, 2020, 2, 405-420. Tra tali questioni, spicca sicuramente quella relativa alla perdurante assenza di una comune politica di bilancio, che possa affiancarsi coerentemente al compiuto accentramento in sede europea della politica monetaria, cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2017, 98; I. Visco, *op. cit.*; G. Celi, A. Ginzburg, D. Guarascio, A. Simonazzi, *Una Unione divisiva. Una prospettiva centro-periferia della crisi europea*, Bologna, 2020, 269, ove si evidenzia come sebbene la governance dell'eurozona sia cambiata molto durante la crisi, anche se non sempre in meglio, non si è riusciti a risolvere il problema fondamentale delle "unioni mancanti": bancaria, fiscale e politica.

¹⁵ In questo senso tra gli altri G. Falcon, *op. ult. cit.*, 717-718, ove si evidenzia come il fenomeno di centralizzazione riscontrabile nel PNRR è dovuto alla circostanza che «dell'intera operazione è responsabile, naturalmente, il centro: responsabile, in primo luogo, verso la comunità nazionale, non essendo certo uno scherzo prendere comunque a prestito, incrementando in modo rilevante il debito pubblico, oltre cento miliardi di euro; responsabile, in secondo luogo, verso l'Unione europea, sia in relazione al prestito che – a maggiore ragione – per i contributi a fondo perduto. Ovvio, dunque, che il centro si riservi un ruolo fondamentale; un ruolo, al tempo stesso, di progettazione, di regia e di garanzia».

Criticamente v. però M.C. Cavallaro., *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: Il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2021, 2, 61-87, la quale si sofferma sulla contrarietà di simile approccio rispetto al principio autonomistico ricavabile dal disegno costituzionale.

¹⁶ Attentamente in G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 19.

¹⁷ Cfr. in chiave critica G. Celi, A. Ginzburg, D. Guarascio, A. Simonazzi, *Una Unione divisiva.*, *op. ult. cit.*

Il presente contributo si relaziona idealmente proprio con tali ultime dinamiche, proponendosi di indagare in quale di queste opzioni possa essere inquadrato il settore della digitalizzazione degli apparati pubblici, anche alla luce del RRF.

L'ipotesi di partenza è che gli attuali interventi debbano ricondursi al modello definito come «amministrazione condivisa», ove però si va sempre più accentuando la predominanza della componente sovranazionale. Come vedremo nel proseguo, tuttavia, tale interrogativo risulta intimamente legato con la preliminare questione delle competenze normative dell'istituzione sovranazionale.

2. *Integrazione europea ed evoluzione della nozione di “mercato interno”: quale modello per la digitalizzazione della p.a. nell'Unione europea?*

Quello dell'integrazione tra ordinamento europeo e pubbliche amministrazioni interne¹⁸ è un tema particolarmente sentito nel dibattito scientifico interno¹⁹, ma non solo²⁰.

È noto nella dottrina pubblicistica che il disegno originario di amministrazione europea si fondasse sul modello c.d. indiretto. Lo schema disegnato dall'art. 155 del Trattato di Roma, così come interpretato nella lettura della Corte di Giustizia europea²¹, era infatti per un ruolo della Comunità di stampo eminentemente politico-normativo, accompagnato dalla separazione tra la amministrazione comunitaria e quelle nazionali (c.d. federalismo esecutivo)²². Secondo una efficace definizione della dottrina, si può osservare come «seguendo questo approccio l'unificazione europea non sarebbe stata frutto di una scelta costituente, bensì sbocco

¹⁸ In questa sede, provando a semplificare i termini di tale complessa relazione, possiamo servirci della ricostruzione fornita da autorevole dottrina (M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, spec. 50 ss.). Seguendo tale impostazione, possono distinguersi almeno 5 diversi livelli di influenza euro-unitaria sulla pubblica amministrazione nazionale, ovvero nei campi: a) della legislazione; b) dell'attività c) dell'organizzazione; d) della finanza e) della tutela giurisdizionale.

¹⁹ Per approfondire si vedano, tra gli altri, i diversi contributi in nota al presente paragrafo.

²⁰ Cfr. tra gli altri P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018; C. H. Hofmann, G.C. Rowe, A. H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011; B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, 3-4, 15-61; J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Parigi, 2006; J. Schwarze, *Das allgemeine Völkerrecht in der indergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen*, in Id. (a cura di), *Europarecht. Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union. Ausgewählte Beiträge*, Baden, 2012, 29 ss.; E. Garrido Nieto, I. M. Delgado, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid, 2010.

²¹ Ove veniva enfatizzata la separazione tra Unione Europea e amministrazioni nazionali cfr. Case 6/60 Humblet, EU:C:1960:48; Cases 205–215/82 Deutsche Milchkontor, EU:C:1983:233; Case T-54/96 Oleifici Italiani, EU:T:1998:204.

²² Considerazioni analoghe sono state svolte in ordine all' art. 100 del Trattato di Roma, il quale implicitamente riservava agli Stati il potere di dare esecuzione in via amministrativa delle normative comunitarie, attentamente in E. Chiti, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 51.

inevitabile di un percorso che agisce sul piano dei concreti interessi e dall'interdipendenza economica. In questo senso, l'integrazione economica si sarebbe estesa gradualmente, per mezzo di un meccanismo c.d. spillover ad altri settori»²³.

Sintetizzando, dunque, un'istituzione sovranazionale «che non esegue, ma fa eseguire», secondo una nota definizione di uno dei suoi fondatori²⁴.

Tale assetto primigenio è stato però presto ridimensionato dagli studi più approfonditi, ove si è evidenziato come in tale impostazione «di indiretto c'è solo il modello amministrativo, mentre le amministrazioni nazionali applicano direttamente il diritto amministrativo comunitario»²⁵. Queste considerazioni sono state corroborate dall'affermazione del primato del diritto sovranazionale su quello nazionale, nelle sfere di competenza dell'Unione (cfr. la storica Sentenza della Corte Costituzionale, n. 170 del 1984). All'amministrazione indiretta, così come sinteticamente delineata, si affiancava e si affianca ancora oggi una marginale amministrazione diretta, in settori estremamente limitati ove le funzioni sono svolte «interamente» dall'amministrazione europea²⁶. Tuttavia, anche questa impostazione è destinata al superamento sul piano pratico dagli interventi normativi dell'Unione nei più vari settori²⁷, che hanno delineato un'amministrazione condivisa e composita tra istituzione sovranazionale e Stati membri.

Più nel dettaglio, il processo di penetrante integrazione amministrativa e relativa crisi dei modelli originari di amministrazione è stato ricondotto a due principali fattori, ovvero: 1) l'ampliamento delle attribuzioni dell'istituzione europea; 2) l'evoluzione del mercato interno in uno spazio socio-economico²⁸.

Riguardo al primo profilo, può dirsi che il modulo relazionale tradizionale definito come esecuzione indiretta, non corrisponde più allo sviluppo del diritto positivo e non esprime la complessiva trama di rapporti che collegano l'amministra-

²³ Così S. Battini, *L'Unione europea quale originale potere pubblico*, in M.P. Chiti (a cura di), *op. ult. cit.*, 7. Si tratta del c.d. approccio funzionalista, secondo l'A, in certo senso divenuto la dottrina politica ufficiale dell'integrazione europea. Con ulteriore approfondimento si è posto in luce come «l'impostazione funzionalista che caratterizza sin dall'origine l'ordinamento europeo comporta che fra i tratti originari dell'ordinamento vi sia la differenziazione, non come fase temporanea da superare, né come contrapposizione fra unità federale e autonomia delle entità federate, ma piuttosto come un principio generale [...]», così L. Torchia *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006, 11-13.

²⁴ J. Monnet, *Mémoires*, Parigi, 1976, 285. Oggi una traccia di tale originario modello è ancora rinvenibile nel nuovo art. 291, paragrafo 1 del TFUE, il quale attribuisce agli Stati membri il potere/dovere di adottare tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione.

²⁵ Così M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, 108.

²⁶ Cfr. B.G. Mattarella, *Lezioni*, *op. cit.*, 81.

²⁷ Diffusamente in P. Craig, *Amministrazione comunitaria. Storia, tipologia e «accountability»*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 14 ss.

²⁸ E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2010, 191. In senso analogo G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 10.

zione euro-unitaria all'amministrazione nazionale²⁹. Ma è soprattutto il maggiore impegno profuso dalle istituzioni comunitarie nella realizzazione del mercato comune ad avere determinato il superamento degli originari modelli di amministrazione.

In termini più estesi, può dirsi che la complessiva messa a punto di un'amministrazione europea – sia essa strettamente sovranazionale, nazionale in funzione comunitaria o comune – è identificabile con una serie di reazioni e di aggiustamenti ad hoc rispetto ai problemi posti dall'integrazione dei mercati nella cornice giuridica fissata dai Trattati³⁰. Anche qui il richiamo è alla logica funzionalistica, o dei piccoli passi, poiché la sfera economica è vista come parte imprescindibile per costruire i rapporti sociali, l'unificazione politica e amministrativa³¹.

Dunque, quello che qui si vuole evidenziare è un'ulteriore evoluzione del processo di unificazione del mercato europeo, che sottrae poteri e funzioni agli Stati nazionali con modifiche all'apparato amministrativo statale, portando a un'azione qualitativamente diversa delle istituzioni comunitarie³².

Come vedremo subito, tale ultima dinamica ha accompagnato l'intervento dell'Unione in un ambito nel quale non sussiste un'attribuzione espressa di competenza, quale quello delle pubbliche amministrazioni nazionali e in particolare della loro digitalizzazione. Una prima indicazione utile proviene dall'art. 8 del citato Regolamento UE 2021/241, il quale prescrive che «il dispositivo è attuato dalla Commissione in regime di gestione diretta». Tuttavia, la lettura complessiva del quadro normativo, farà emergere un rapporto molto più articolato e composito.

Infatti, l'Unione Europea è impegnata da tempo in uno sforzo significativo affinché i cittadini e le imprese, per mezzo delle istituzioni, possano beneficiare della rivoluzione tecnologica. Non a caso, grossa parte della legislazione interna in materia è stata adottata sotto la spinta del legislatore comunitario³³. Come è stato efficacemente fatto notare, l'intervento dell'UE nel settore dell'*eGovernment*³⁴ tro-

²⁹ In argomento si veda più diffusamente M. Cartabia, *Introduction*, in M. Cartabia, N. Lupo, A. Simoncini (a cura di), *Democracy and subsidiarity in the Eu National parliaments, regions and civil society in the decision-making process*, Bologna, 2013, 18 ss.; M.P. Chiti, *La pubblica amministrazione*, in Id. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., 205; G. della Cananea, C. Franchini, op. ult. cit., 37; S. Sticchi Damiani, F. Vetrò (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010.

³⁰ G. della Cananea, C. Franchini, op. ult. cit., 29.

³¹ Cfr. A. Monica, *I regimi di autorizzazione e la libertà di circolazione dei servizi nel mercato unico dell'Unione europea*, in D.U. Galetta (a cura di), *Diritto amministrativo dell'unione europea: Argomenti (e materiali)*, Torino, 2020, 207-233.

³² M. Cafagno, F. Manganaro, *Administrative Unification and Public Intervention in the Economy*, in D. Sorace, L. Ferrara, I. Piazza, *The Changing Administrative Law of an EU Member State*, Cham, 2021, 216.

³³ Ne prende atto, tra gli altri Autori C. Leone, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 3-4, 867 ss.

³⁴ Anche detto "governo elettronico", con cui si fa riferimento a un insieme di politiche, norme e prassi dirette a digitalizzare gli apparati dello Stato. Una ventaglia di definizioni usato per circoscrivere meglio questo concetto è quello proposta dall'OECD, che guardano alle attività interessate e/o alle finalità perseguite, distingue tra: (1) semplice utilizzo di internet nell'offerta dei servizi; (2) impiego dell'ICT in tutte le attività del settore pubblico; (3) trasformazione della governance del settore pubblico e dei suoi rapporti con i cittadini; (4)

va la sua ratio nello scopo di realizzare un Mercato interno produttivo ed efficiente³⁵, che in questo settore viene declinato in termini di «Mercato unico digitale»³⁶.

Cercando di rendere ancora più chiaro il concetto, può dirsi che la digitalizzazione della pubblica amministrazione è stata concepita in ambito euro-unitario, in ottica ancillare, come uno degli strumenti che concorrono alla realizzazione e al rafforzamento del mercato europeo³⁷.

In questa dinamica, tuttavia, bisogna distinguere: un primo aspetto, che possiamo definire «normativo», ovvero identificabile con la questione relativa alle competenze legislative dell'Unione su una materia concernete l'ordinamento delle amministrazioni statali, quale è quella della loro digitalizzazione; rispetto a un secondo profilo marcatamente «esecutivo», ovvero concernente il modello di amministrazione (diretta, indiretta, condivisa) configurato per l'attuazione dal suddetto ambito di disciplina. Deve però precisarsi che la categorizzazione qui adottata va compendiata tenendo debitamente in considerazione che in ambito europeo manca una netta differenziazione tra atti legislativi e atti amministrativi³⁸; tampoco può ricavarsi dal diritto europeo una marcata distinzione tra le funzioni legislative e amministrative della Commissione³⁹.

2.1. *La questione della competenza normativa unionale*

Ciò detto, e come in parte anticipato, la competenza concorrente sul mercato interno ha legittimato l'Unione ad emanare atti giuridici di armonizzazione (art. 114 TFUE)⁴⁰, anche in aree che sembrerebbero collocarsi in competenze

concetto più ampio di "miglior governo"; cfr. OECD, *The e-Government Imperative, OECD e-Government Studies*, Parigi, 2003.

³⁵ Così G. Pesce, *Digital First. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018, 30. Una critica complessiva alle dottrine fondate sulla mera crescita economica e di mercato è rinvenibile in J. Stiglitz, *La grande frattura: La disuguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Torino, 2017.

³⁶ In questo senso F. Rossi dal Pozzo, *Il mercato unico digitale europeo e il regolamento ue sulla privacy*, in D.U. Galetta, R. Cavallo Perini (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 43-84, l'A. evidenzia come la digitalizzazione abbia subito un'influenza determinante in Italia per mezzo della comunità europea nell'ottica della formazione del mercato interno declinato per l'informatizzazione nella nozione di mercato unico digitale. A questa ricostruzione fa in parte eccezione la disciplina in materia di protezione dei dati la quale si colloca anche nella prospettiva della protezione dei diritti degli utenti, tant'è che dopo Lisbona la base giuridica per tale settore è espressamente rinvenibile all'art. 16 TFUE e non in materia di mercato interno.

³⁷ Specie rispetto ai competitor più potenti come Cina e Stati Uniti cfr. su questi temi e in particolare sull'ultima frontiera della digitalizzazione rappresentata dall'intelligenza artificiale A. Amidei, *La governance dell'intelligenza Artificiale: profili e prospettive di diritto dell'Unione europea*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 571-588.

³⁸ Cfr. V. De Falco, *L'idealtipo di procedimento amministrativo europeo e le influenze delle tradizioni giuridiche nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 3, 562.

³⁹ Cfr. E. Chiti, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, op. cit., 53.

⁴⁰ Il potere espansivo di tale articolo si accompagna poi con quanto previsto dall'art. 352 che consente l'emanazione delle disposizioni appropriate quando un'azione della Comunità «appare necessaria, nel quadro del-

di solo completamento, coordinamento e sostegno per le quali l'armonizzazione sarebbe del tutto esclusa (cfr. art. 2 par. 5, art. 5 e art. 6, TFUE). Ciò non avviene con norme direttamente destinate all'ordinamento delle amministrazioni nazionali, ma emanando disposizioni sul mercato interno i cui effetti di armonizzazione rafforzano quanto può essere disposto in materie rientranti nella competenza di coordinamento, di completamento e di sostegno⁴¹.

Tuttavia se è pur vero che l'Unione «rispetta l'autonomia istituzionale dello Stato e non pretende di ingerirsi nell'organizzazione interna»⁴², è altrettanto assicurato che lo Stato è tenuto a adottare ogni misura che assicuri l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto europeo, anche nell'ambito delle proprie procedure amministrative⁴³. Seguendo tali linee direttive, l'intervento normativo delle istituzioni comunitarie sulla digitalizzazione delle amministrazioni nazionali è stato legittimato nel più ampio quadro della competenza in materia di armonizzazione e mercato interno⁴⁴.

La prova concreta di tale *modus operandi* è rinvenibile nei principali strumenti adottati in ambito europeo che hanno introdotto un significativo corpo di

le politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine», che è la norma cardine dei c.d. poteri impliciti. Attraverso l'applicazione di tali disposizioni, infatti, «la normativa europea dilaga, esce dalle competenze enumerate dal Trattato, va a toccare tutti i settori del mercato», così R. Bini, G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2018, 385-386.

⁴¹ In questo senso la dottrina ha parlato di “salto fra materie”, anche con riferimento all'attività normativa dell'Unione in ambito sanitario durante la crisi pandemica v. F. Branca, *Le fonti del diritto sull'amministrare pubblico dell'Unione europea tra competenza, sussidiarietà e armonizzazione*, in *Diritto Amministrativo*, 2021, 3, 647 ss. Sul piano sovranazionale manca infatti un espresso riconoscimento di competenza dell'Unione in materia di amministrazioni nazionali (cfr. art. 3, 4, 5, 6 del TFUE). Per tale caratteristica, il rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento delle amministrazioni nazionali è stato anche definito di «relazione sporadica», essendo i relativi sistemi collegati in modi differenziati, indicati volta per volta, settore per settore, dalle singole norme di diritto derivato. D'altronde, come è stato autorevolmente sottolineato, nei Trattati istitutivi «i padri costituenti non potevano spingersi troppo avanti, nel definire i rapporti tra gli esecutivi ai due livelli, perché non sapevano (e non volevano) definire il potere esecutivo della Comunità» S. Cassese, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comp.*, 2004, 5, 1136 ss.

⁴² Così Corte Giust., 12 giugno 1990, causa C-8/88, Germania c. Commissione, in *Racc.*, 1990, I-2321.

⁴³ Tale assetto sembra ora recepito dall'art. 197 del TFUE il quale precisa che «l'Unione può sostenere gli sforzi degli stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto dell'Unione». Chiarendo però che «nessuno Stato è tenuto ad avvalersi di tale sostegno». In questo senso, prosegue la disposizione: «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie a tal fine, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri» (paragrafo 2). Attentamente S. Mangiameli, *L'amministrazione tra integrazione, unificazione e Verflechtung europea*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali, Atti del Congresso*, Catania, 14-15 ottobre 2005, reperibile in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Per approfondire v. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018.

⁴⁴ Come rilevato in dottrina questo approccio non è scevro di criticità, in quanto il Trattato di Lisbona ha fatto ben poco per arginare il fenomeno di c.d. «competenza strisciante» scaturente dall'ampia formulazione dell'art. 114 TFUE, che non è stato modificato rispetto al pur dibattuto precedente art. 95 TCE, Cfr. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, 2018, 421 ss. Cfr. inoltre Causa C-547/14 Philip Morris Brands SARL e altri Contro Secretary of State for Health.

norme sull'amministrazione nazionale in chiave digitale. Così per la direttiva UE 2019/1204 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico⁴⁵; lo stesso discorso può farsi per la recente proposta di regolamento sui servizi digitali⁴⁶, ove la base la base giuridica individuata dalla Commissione è rinvenuta ancora una volta nell'articolo 114 del TFUE; a conclusioni analoghe si perviene analizzando la proposta regolatoria sulla c.d. legge sull'Intelligenza Artificiale⁴⁷, in via di approvazione, ove il fondamento giuridico dell'intervento normativo è individuato sempre nel medesimo articolo.

Più oneroso è stato il dovere motivazionale in ordine all'individuazione delle base giuridica per la creazione dello Sportello unico digitale per cittadini e imprese⁴⁸. In questo caso, infatti, è apparso in tutta la sua evidenza come la regolazione sovranazionale sia diretta in via immediata a conformare l'organizzazione e l'attività delle amministrazioni interne⁴⁹. Per tali ragioni, la Commissione⁵⁰ ha legittimato l'intervento rinvenendone il fondamento attributivo non solo nell'art.

⁴⁵ Recepita in Italia con Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 200, cfr. l'approfondita analisi presente in P.S. Maglione, *L'“apertura” dei dati come servizio pubblico: spunti ricostruttivi alla luce della nuova disciplina sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 2, 327-394.

⁴⁶ COM(2020) 825 final. L'obiettivo principale della presente proposta è quello di garantire il buon funzionamento del mercato interno, in particolare per quanto riguarda la prestazione di servizi digitali transfrontalieri (più specificamente i servizi intermediari).

⁴⁷ COM (2021) 206 final.

⁴⁸ Regolamento UE 2018/1724 cfr. su questo tema D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in Id. (a cura di), R. Cavallo Perin, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020, 85-117, spec. 106.

⁴⁹ Seppure non senza contraddizioni il regolamento si esprime all'art. 1, comma 3 professando che «il presente regolamento non pregiudica la sostanza delle procedure istituite a livello nazionale o di Unione nei settori contemplati dal presente regolamento, né pregiudica i diritti concessi mediante tali procedure».

⁵⁰ COM(2017) 256 final, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce uno sportello digitale unico di accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

Considerazioni parzialmente diverse devono svolgersi per la regolamentazione sulla privacy – che pure impatta sul settore dell'amministrazione digitale specie per quanto riguarda il tema dei procedimenti amministrativi automatizzati, ove la competenza normativa euro-unitaria è stata individuata nell'articolo 16 del TFUE, ovvero la nuova base giuridica per l'adozione delle norme in materia di protezione dei dati introdotta dal Trattato di Lisbona. Cfr. art. 22 del Regolamento (EU) 2016/679. Su questi temi più diffusamente M. D'Ambrosio, R. Rolli, *L'algoritmo nella Pubblica Amministrazione. L'innovazione tecnologica come strumento di contrasto del virus Covid-19 e la necessità di una visione antropocentrica*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 3, 189-210; G. Mobilio, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *federalismi.it*, 27 maggio 2020; A. Moretti, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, 4, 799; P. Voigt, A. Von Dem Bussche, *The Eu General Data Protection Regulation (GDPR). A practical guide*, Cham, 2017; L. Cotino Hueso, *Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data*, in M. Bauzá (a cura di), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, Obra Colectiva de FIADI (Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática), Montevideo, 2019, 917-952; S. Civitarese Matteucci, «*Umano troppo umano*». *Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 1, 5-41; F. Lagioia, G. Sartor, *Intelligenza Artificiale e Gdpr: le questioni aperte e i chiarimenti necessari*, in *www.agendadigitale.eu*.

114, ma in una sua lettura sistematica comprensiva degli articoli 21, paragrafo 2, 26, paragrafo 2 e 4, TFUE.

In una prospettiva più ampia, tuttavia, la pur sintetica disamina che precede evidenzia un generale cambio di prospettiva nella selezione degli strumenti normativi adottati dall'Unione⁵¹. Dall'esame della normativa europea in materia di applicazioni ITCs nella pubblica amministrazione emerge infatti, negli ultimi anni, la tendenza in ambito sovranazionale all'adozione di atti direttamente vincolanti⁵². In particolare, a partire dagli anni Duemila, si è passati dalle direttive di armonizzazione, a una proliferazione degli strumenti regolamentari⁵³, adottati soprattutto nell'ultimo decennio, come comprovato dal regolamento sullo Sportello unico digitale e corroborato dalle recenti proposte regolatorie in materia di servizi digitali e di Intelligenza Artificiale⁵⁴.

⁵¹ Una più compiuta disamina richiederebbe di tenere in conto anche il regolamento sulla cybersicurezza, così come il regolamento sulle telecomunicazioni. Appare evidente comunque che non può essere questa la sede per trattare nella sua interezza un quadro normativo estremamente vasto.

⁵² Più nel dettaglio, è possibile distinguere il susseguirsi di tre differenti approcci: in principio le iniziative si sono limitate all'adozione di atti di *soft law*, poi si è passato all'adozione di direttive armonizzatrici, mentre nell'ultimo periodo abbiamo assistito all'adozione di regolamenti puntuali e direttamente vincolanti cfr. in questo senso anche il recentissimo Regolamento UE 2022/868 relativo alla governance europea dei dati. Sulla tendenza dell'Unione a seguire tale approccio v. criticamente M. Ramajoli, *Soft law e diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, 1, 147-162; cfr. inoltre G. Cammarotta, P. Zuddas, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Amministrazione elettronica. Caratteri, finalità, limiti*, Torino, 2020, 6.

⁵³ A conferma di quanto qui sostenuto, può utilmente citarsi la normativa in materia di «identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno» ora contenuta nel regolamento UE 910/2014. Il regolamento, infatti, si pone sulla stessa strada inaugurata con la Direttiva 1999/93/CE in materia di firme elettroniche, con il chiaro intento di superarla, considerando che questa «non forniva un quadro transfrontaliero e transettoriale completo per transazioni elettroniche sicure, affidabili e di facile impiego». L'iniziativa legislativa della Commissione si fonda sulle medesime premesse, ovvero la base è individuata nell'articolo 114 del TFUE, riguardante l'adozione di disposizioni per eliminare barriere esistenti al funzionamento del mercato interno. In particolare il supremo organo di indirizzo politico europeo «ritiene che un regolamento sia lo strumento giuridico più appropriato. Essendo direttamente applicabile a norma dell'articolo 288 del TFUE, un regolamento ridurrà la frammentazione normativa e fornirà una maggiore certezza giuridica introducendo un insieme armonizzato di regole fondamentali che contribuiranno al funzionamento del mercato interno».

Andando indietro nel tempo, invece, la Commissione si era mossa per mezzo di una Comunicazione presentata al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, intitolata «Garantire la sicurezza e l'affidabilità nelle comunicazioni elettroniche - Verso la definizione di un quadro europeo in materia di firme digitali e di cifratura», nella quale si sottolineava l'esigenza di un approccio coerente nel settore. In tale documento l'organismo europeo si muoveva in funzione di indirizzo, invitando gli Stati membri a coordinare le proprie attività per garantire il reciproco riconoscimento delle firme legali. L'intervento legislativo dell'Unione era considerato originariamente, dunque, solo come eventuale e comunque subordinato all'avvio di un ampio dibattito interistituzionale. È proprio in tale contesto temporale al volgere del secolo passato, sulla scorta dell'assenza di un'espressa attribuzione di competenza normativa dell'Unione, che si diffondono tutta una serie di iniziative inscrivibili nella categoria del *soft law*, come programmi, libri bianchi, agende, cfr. in questo senso T. Kerikmäe, P.K. Dutt, *Conceptualization of Emerging Legal Framework of E-Regulation in the European Union*, in T. Kerikmäe, *Regulating eTechnologies in the European Union. Normative Realities and Trends*, Cham, 2018, 7-32, che individuano la prima iniziativa significativa nella Comunicazione della Commissione COM(1999) 687 def., intitolata «eEurope - An information society for all».

⁵⁴ Cfr. per approfondire L. Ammannati, *Per una Intelligenza Artificiale affidabile. Presupposti e sviluppi della sua regolazione*, in *Rassegna Astrid*, 2022, 5, la quale parla a riguardo di un «effetto Bruxelles», rispetto

2.2. *L'interrogativo sul modello amministrativo*

In questo scenario, e venendo alla seconda delle questioni poste alla base della presente indagine, ovvero quale modello amministrativo emerga per la digitalizzazione degli apparati amministrativi nella prospettiva euro-unitaria, se si considerano alcune delle discipline già citate, tra cui il regolamento sullo sportello unico, o il regolamento generale sulla protezione dei dati, nonché le recenti proposte di regolamento sui servizi digitali e sull'Intelligenza artificiale, si può osservare come si stia consolidando una tipica forma di cogestione e di compartecipazione, da iscriversi nella tendenza consolidata verso un aumento delle procedure amministrative articolate sia nella sfera comunitaria che in quella nazionale.

Quanto allo sportello unico digitale (Reg. UE 2018/1724), la disciplina europea prescrive che l'interfaccia web comune per gli utenti sia gestita dalla Commissione (art. 2). Allo stesso tempo, tuttavia, delle informazioni inserite nel portale e relative ai servizi on line nazionali sono responsabili gli Stati membri (art. 4).

In caso di deterioramento della qualità delle informazioni, delle procedure e dei servizi forniti tramite lo sportello dalle autorità competenti, inoltre, torna alla Commissione il potere di adottare, tenendo conto della gravità e della persistenza del deterioramento, una o più misure tra le quali spicca per gravità lo scollegamento temporaneo dello sportello.

A un livello più generale rileva poi l'intero CAPO VII dedicato appunto alla Governance dello strumento digitale. In tale sezione è prevista l'istituzione dei Coordinatori nazionali (art. 28), ovvero organi amministrativi che fungono da punto di contatto all'interno delle loro rispettive amministrazioni per tutte le questioni concernenti lo sportello⁵⁵. A tali organismi viene affiancato un Gruppo di coordinamento, composto da un coordinatore nazionale per ogni Stato membro e presieduto da un rappresentante della Commissione (art. 29).

Di rilievo poi la consueta costituzione di un comitato prevista dall'art. 37, che assiste nei suoi adempimenti la Commissione, ai sensi del regolamento (UE) n. 182/2011.

Un'amministrazione sostanzialmente condivisa emerge anche dal citato Regolamento sulla privacy (GDPR).

all'approccio regolatorio.

⁵⁵ Il PNRR individua l'Agenzia per l'Italia Digitale quale Soggetto attuatore del sub-investimento 1.3.2 Single Digital Gateway. Mentre il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 6 agosto 2021, adottato ai sensi dell'articolo 7, prima comma, ultimo periodo, del decreto legge 9 giugno 2021, n. 80, individua il Ministero dell'innovazione e della transizione digitale quale amministrazione titolare di risorse per il sub investimento 1.3.2 - Single digital Gateway. Da ultimo il Dipartimento per la transizione digitale e l'Agid hanno sottoscritto un accordo per la realizzazione dello Sportello, ritenendo di interesse comune agevolare l'armonizzazione e la digitalizzazione delle 21 procedure individuate dal citato Regolamento (UE) 2018/1724.

Si vedano in questo senso l'art. 51 comma 2 di tale corpo normativo, per il quale ogni autorità di controllo nazionale contribuisce alla coerente applicazione del presente regolamento in tutta l'Unione. A tale scopo, le autorità di controllo cooperano tra loro e con la Commissione, conformemente al Capo VII. In particolare tale Capo prevede una serrata serie disposizioni che impongono all'amministrazione interna di cooperare al fine della corretta esecuzione del regolamento. Vengono così delineate procedure complesse nelle quali sono chiamate a contribuire tanto le autorità di controllo nazionali, quanto la Commissione e il comitato europeo per la protezione dei dati⁵⁶.

Le recenti proposte regolamentari, per quanto in via di definizione, perpetuano tale modello. Nello specifico si veda quanto stabilito dall'iniziativa legislativa su servizi digitali, all'art. 38 per assicurare l'applicazione del emanando regolamento in tutta l'Unione. A tal fine i coordinatori dei servizi cooperano tra loro, con le altre autorità nazionali competenti, con il comitato e con la Commissione, fatta salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere scambi regolari di opinioni con altre autorità, ove opportuno per lo svolgimento dei compiti di tali altre autorità e del coordinatore.

In senso condiviso si muovono anche i poteri di vigilanza e sanzionatori previsti dagli art. 50 e 51 nel caso in cui le piattaforme online di dimensioni molto grandi violino le disposizioni di cui al capo III, sezione 4.

Si prevede così che la Commissione intervenga nei confronti di dette piattaforme online qualora le violazioni persistano (articolo 51). Anche in questi casi le autorità chiamate a intervenire non sono unicamente quelle nazionali, ma bensì vengono attribuiti poteri amministrativi tanto alla Commissione quanto al costituendo comitato per i servizi digitali (artt. 47-49).

Ancora sfumato risulta invece allo stato attuale il quadro dei poteri amministrativi in materia di Intelligenza Artificiale⁵⁷.

In ambito di amministrazione digitale sembra dunque delinearsi una tipica forma di cogestione e di compartecipazione, da iscriversi nella tendenza consolidata a un aumento delle procedure amministrative articolate sia nella sfera comunitaria che in quella nazionale⁵⁸.

Analizzate le distinte normative, tentiamo dunque di offrire alcune considerazioni di sintesi.

⁵⁶ Si vedano al riguardo le complesse procedure delineate dagli artt. 64 e 65.

⁵⁷ In attesa che emergano disposizioni maggiormente puntuali dall'iter deliberativo e dall'approvazione definitiva della proposta, può essere segnalato comunque uno schema emergente analogo a quello precedente esaminato. Infatti i titoli VI, VII e VIII prevedono l'istituzione di un apposito comitato chiamato a raccordare le relazioni tra autorità nazionali e commissione al fine di coordinare e contribuire all'efficace cooperazione delle autorità nazionali di controllo per quanto riguarda le materie disciplinate dal regolamento.

⁵⁸ G. della Cananea, C. Franchini, *op. ult. cit.*, 31.

3. *La digitalizzazione quale fattore di uniformità e accentramento dei poteri pubblici*

La digitalizzazione della società e la sua estensione agli apparati pubblici per mezzo della dottrina politico-normativa dell'*eGovernment* rivela una dinamica profondamente accentratrice del potere a tutto discapito delle autonomie locali, anche alla luce del PNRR⁵⁹.

L'esposta dinamica è il frutto di una serie complessa di fattori che possiamo tentare in questa sede di sintetizzare nei termini che seguono.

Secondo la prospettiva multilivello, anzitutto, le determinazioni nazionali sono state condizionate nel corso degli anni dagli atti di coordinamento e di indirizzo provenienti dall'Unione europea⁶⁰.

E la genesi sovranazionale di tali decisioni normative subisce nel quadro del RRF uno dei maggiori condizionamenti, ovvero quello finanziario⁶¹.

In questa sede, va rimarcato come lo strumento finanziario rappresenti un utile meccanismo del quale la Commissione si serve per accentrare poteri decisionali andando oltre e prescindendo da un formale trasferimento di attribuzioni. Peraltro, risulta ormai ampiamente condiviso che l'integrazione europea condiziona le finanze pubbliche nazionali, fornendo risorse ulteriori e disciplinandone l'utilizzo, ma anche fissando regole che vincolano i saldi finanziari⁶².

⁵⁹ In questo senso la *Posizione della conferenza delle Regioni e delle Province autonome sulla relazione del Governo sull'attuazione del Piano nazionale per la ripresa e la resilienza (PNRR)*, (Audizione del 9 febbraio 2022, presso la Commissione V (Bilancio) della Camera dei Deputati), ove si denuncia come il Comitato per la transizione digitale contempla la presenza delle Regioni, ma senza un coinvolgimento complessivo nell'attività dei Comitati fin dall'attività istruttoria. Più nel dettaglio, secondo la posizione «Risulta carente proprio quella funzione di coordinamento e di sistema che questi strumenti di governance precipuamente dovrebbero svolgere». Ivi, inoltre si lamenta come la Cabina di regia in tutto il 2021 è stata convocata soltanto una volta e a fine dicembre; senza peraltro, un'adeguata informazione preventiva sui temi all'ordine del giorno e una condivisione della relazione presentata.

⁶⁰ Si ripresentano in questo modo meccanismi di accentramento che avevano riguardato altri settori, come quello dei contratti pubblici cfr. F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, 6, 1529 ss.

⁶¹ Infatti, in modo non dissimile da quanto avviene per l'attività dei soggetti privati, anche per lo svolgimento delle funzioni amministrative digitalizzate, «il denaro è di gran lunga il tipo di bene più importante, in quanto è necessario per procurare i mezzi necessari (beni, personale, servizi)», in questi termini B. G. Mattarella *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 145.

⁶² Cfr. G. della Cananea, *La disciplina giuridica delle finanze dell'Unione e delle finanze nazionali*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 301-333. In posizioni maggiormente critiche si è posta altra parte della dottrina cfr. R. Ursi, *Un'amministrazione pubblica plasmata dall'efficienza europea*, in G. Scala (a cura di), *Lo statuto costituzionale pubbliche amministrazioni*, Palermo, 2019, 132, secondo l'A «il quadro complessivo sembra delineare, non solo un semplice rafforzamento del potere esecutivo rispetto al legislativo, ma, più in generale, uno schema decisionale, centralizzato e gerarchizzato, volutamente indirizzato all'uniformità, tale da lasciare trasparire, seppur in una logica sovranazionale, non pochi riferimenti agli aspetti più tradizionali del liberalismo autoritario».

In tal senso, ai fini della presente disamina rilevano principalmente i poteri di sospensione e di eventuale risoluzione degli accordi riguardanti i contributi finanziari e i prestiti (art. 24, Regolamento UE 2021/241)⁶³.

In questo complesso intervento, infatti, l'esito positivo della transizione digitale della p.a. italiana rimane legato a doppio filo (finanziario e normativo) ad una valutazione positiva degli organismi europei, sulla corretta implementazione delle riforme promesse a livello nazionale⁶⁴.

Ciò non fa che aggravare ulteriormente la tendenza dell'Unione a intervenire in un ambito che non è espressamente affidato dai Trattati alle sue attribuzioni, ovvero l'ordinamento delle amministrazioni interne. Tale trend è ingigantito dall'evanescenza della competenza in materia di mercato unico, che declinato nella prospettiva di "mercato interno digitale" accentua ulteriormente la sua ampiezza.

Tale fenomeno normativo dipende da un fattore determinante, ovvero dalla pervasività delle nuove tecnologie digitali sugli aspetti economici e sociali del vivere in comunità dei popoli europei⁶⁵. In altre parole, il riferimento al mercato unico digitale ricomprende oggi cose molteplici e tra loro eterogenee, come: identità digitale, servizi pubblici digitali, procedure amministrative elettronicamente automatizzate, big data, sicurezza cibernetica, etc.

Questa «materia» è destinata ad aumentare progressivamente in ragione dell'esponentiale sviluppo delle nuove tecnologie. In tal senso, basti pensare alle molteplici e ancora inesplorate applicazioni che potranno derivare dall'utilizzo di software intelligenti nella pubblica amministrazione.

Sotto l'ombrello dell'art. 114 TFUE, dunque, rischia di essere ricompresa ogni sfera dell'attività amministrativa interna in quanto digitalizzata. La ricon-

⁶³ Nello specifico alla Commissione è attribuito il potere di sospendere l'erogazione del finanziamento quando accerti che i traguardi e gli obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio sull'approvazione del Piano nazionale, non sono stati conseguiti in misura soddisfacente dallo Stato membro (paragrafo 6). Se lo Stato membro interessato non adotta le misure necessarie entro un periodo di sei mesi dalla sospensione, la Commissione provvede a ridurre proporzionalmente l'importo del contributo finanziario e/o del prestito, dopo aver dato allo Stato membro interessato la possibilità di presentare le proprie osservazioni entro un termine di due mesi dalla comunicazione delle sue conclusioni (paragrafo 8). Comunque, la misura più grave è comminata nel caso in cui entro il termine di 18 mesi dalla data di adozione della decisione di esecuzione del Consiglio sull'approvazione del Piano, non siano stati compiuti progressi concreti da parte dello Stato membro interessato per quanto riguarda il conseguimento dei pertinenti traguardi e obiettivi. In tal caso, infatti, la Commissione risolve gli accordi di finanziamento (paragrafo 9).

⁶⁴ Cfr. più dettagliatamente l'"Operational Arrangements (OA) - Ref Are (2021) 7947180", con il quale la Commissione europea e l'Italia hanno concordato in dettaglio i meccanismi di verifica periodica relativi al conseguimento dei suddetti milestone e target; consultabile al sito https://ec.europa.eu/info/files/operational-arrangements-between-commission-and-italy_en.

⁶⁵ Per descrivere questo articolato sistema sociale è stato da ultimo utilizzato il termine di socio-technical system (STSs), ovvero un sistema sociale complesso dove gli strumenti tecnologici determinano cosa può essere realizzato. A differenza di altri sistemi, in tali contesti gli esseri umani sono coinvolti non solo quali utenti ma anche quali operatori cfr. G. Contissa, G. Sartor, *Liability and automation in socio-technical system*, in Aa.Vv., *Research Handbook on Human Rights and Technology*, Cheltenham, 2019.

duzione alla materia del mercato interno, inoltre, porta con sé l'adesione allo schema dell'amministrazione condivisa, che rappresenta nel contesto europeo il modello proprio di tale settore⁶⁶. Quest'ultima soluzione, oltre a determinare una rimodulazione negli assetti organizzativi e procedurali delle amministrazioni interne chiamate a interagire con gli apparati comunitari, apre anche rilevanti interrogativi in punto di giurisdizione competente⁶⁷.

Guardando oltre l'emergenza pandemica, tuttavia, la centralizzazione del potere in materia di digitalizzazione degli apparati pubblici appare dipendere dallo stesso statuto ontologico della tecnologia utilizzata, ovvero dalla sua caratteristica essenziale di strumento di semplificazione della complessità del reale, mediante sistemi basati sull'automazione⁶⁸. Queste tecnologie, come denunciato dalla dottrina più attenta, «possono essere configurate in modo da sottolineare regolarità più che scostamenti, normalità più che variazioni, conformità a modelli più che rottura di schemi»⁶⁹.

La reingegnerizzazione dei servizi pubblici e dei procedimenti amministrativi, avviene dunque sulla scorta di norme comuni contenenti standard informatici uniformi, ove il ruolo delle amministrazioni locali è limitato alla mera imple-

⁶⁶ Cfr. P. Craig, *Eu Administrative Law*, op. cit., 23 ss.

⁶⁷ Il problema origina dal fatto che il giudice comunitario, competente a conoscere della legittimità degli atti dell'amministrazione europea non potrebbe statuire sulla legittimità degli atti nazionali, e viceversa, il giudice nazionale non può pronunciarsi sugli atti comunitari (cfr. R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 72-73). Recentemente la questione si è posta in materia Meccanismo unico di vigilanza bancaria di cui al Regolamento (UE) n. 1024/2013, ove convivono poteri procedurali della BCE con quelli delle Banche centrali nazionali. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, recependo le indicazioni provenienti dalla CGUE, in tale caso ha risolto il quesito in favore della giurisdizione comunitaria (S.U., Sent. n. 10355/2021). Su questi temi più approfonditamente A. Barone, G. Drago, C. Nicolosi, *L'erompere della vigilanza bancaria europea*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, 1, 655 ss.; M.P. Chiti, *L'Unione Bancaria Europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte.*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 3, 505 ss.

⁶⁸ Il concetto di "digitale" si ricostruisce in opposizione a quello di "analogico". Quest'ultimo termine si riferisce all'idea di valori che variano al variare di qualcos'altro. In un dispositivo analogico le misure variano gradatamente e con continuità, in correlazione alla variazione di altre misure. Così nello sterzo di un autoveicolo la direzione del mezzo varia al ruotare del volante. Non ci sono variazioni discrete: "un piccolo cambiamento di qualcosa (es. angolo dello sterzo) determina una piccola mutazione in qualcos'altro (es. direzione del veicolo)". I sistemi digitali al contrario operano una semplificazione trattando valori discreti. Per valore discreto si intende quello che ha un numero fisso di possibili valori. Un esempio efficace di tale differenza è rinvenibile nei termometri. Nel classico termometro a mercurio, l'asticella del metallo varia (si espande o si contrae) in proporzione diretta alle variazioni di temperatura, segnando così i differenti stati di 37, 37.5, 37.6 C°. Una variazione piccola di temperatura comporta una variazione altrettanto piccola nella colonnina. I termometri digitali, invece, rappresentano una misura digitale perché indicano con una sola cifra (es. 30) tutte le temperature comprese tra 29.5 e 30.5.

⁶⁹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 303- 304.

mentazione di quanto è definito in sede statale⁷⁰ e europea⁷¹. Tanto vale anche in tema di realizzazione nella p.a. di soluzioni basate sull'intelligenza artificiale, ove cominciano a delinearasi requisiti e obblighi comuni applicabili alla progettazione allo sviluppo e all'utilizzazione di tali sistemi⁷².

L'uniformazione, la standardizzazione⁷³ e l'interoperabilità⁷⁴ sono finalizzati allo scopo, dichiarato in sede statale⁷⁵ ed europea⁷⁶, di assicurare la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti, mediante una migliore erogazione dei servizi.

Questo ordine di considerazioni viene galvanizzato dal culto della neutralità della norma tecnica, credo al quale non si è sottratta nemmeno la Corte costituzionale nell'interpretazione dell'art. 117, comma 2, lettera r)⁷⁷, che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato il «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale»⁷⁸. Secondo il consolidato indirizzo del giudice delle leggi, infatti, tale disposizione concerne le norme strumentali per «assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i

⁷⁰ Cfr. in questi termini il PNRR, 54-55. Superata la fase accentrata di approvazione del Piano, dunque, il ruolo al quale gli enti locali sono ora chiamati ad intervenire è principalmente quello dell'attuazione amministrativa, in questo senso v. C. Mainardis, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, 1-2, 139-153; E. Catelani, *Profili costituzionali del PNRR*, in *associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, ove l'A. denuncia un'evoluzione a costituzione invariata verso una natura prevalentemente amministrativa delle regioni.

⁷¹ V. *infra* note 119 e 120.

⁷² Cfr. il Punto 2.1. della citata proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, e più in dettaglio quanto contenuto negli art. 41 e ss. in tema di "specifiche comuni".

⁷³ Una esplicazione di tale nozione è ricavabile dal Regolamento UE (UE) n. 1025/2012, e consiste nel definire specifiche tecniche o qualitative volontarie, alle quali prodotti, processi di produzione o servizi attuali o futuri possono conformarsi. Standardizzazione che talvolta si assume essere rimessa agli stessi fornitori privati, come avviene nella proposta regolatoria sull'IA cfr. criticamente L. Ammannati, *Per una Intelligenza Artificiale affidabile*, *op. cit.* Su questi concetti anche G. Perotto, *La standardizzazione europea nel settore dell'ICT nell'era dell'Internet of Things: qualificazione giuridica e controllo di validità degli standard tecnici armonizzati*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 757-771.

⁷⁴ Con questo termine secondo le indicazioni del CAD (art. 1, lett. dd) si intende la caratteristica di un sistema informativo, le cui interfacce sono pubbliche e aperte, di interagire in maniera automatica con altri sistemi informativi per lo scambio di informazioni e l'erogazione di servizi. Si vedano su questo tema le considerazioni svolte da G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, *op. cit.*, 191 ss.

⁷⁵ Cfr. art. 14 del CAD.

⁷⁶ Cfr. considerando 41 della proposta di regolamento sui servizi digitali.

⁷⁷ Prima della riforma del Titolo con legge cost. n. 3/2001, l'informatica non era citata in Costituzione, sicché era apparsa lineare l'afferenza dell'intero settore alla legislazione statale. L'introduzione di tale disposizione, dunque, non si limita a un mero recepimento dell'assetto normativo previgente ma apre a complesse questioni interpretative (così e per approfondimenti D. Marongiu, *Il governo dell'informatica pubblica. Tra Stato, regione ed enti locali*, Napoli, 2007, 85 ss.).

⁷⁸ In questo senso E. D'Orlando, *Profili costituzionali dell'amministrazione digitale*, in *Dir. Informatica*, 2011, 2, 223 ss. ove richiama quale espressione di tale indirizzo la Sentenza n. 17/2004.

sistemi informatici della pubblica amministrazione»⁷⁹. La Consulta si è dimostrata comunque consapevole che la disposizione in commento, là dove individua il concretizzarsi del coordinamento nella definizione di regole tecniche, potrebbe anche investire aspetti relativi alle competenze delle singole amministrazioni locali⁸⁰. Ciononostante ha ritenuto le prerogative autonomistiche sacrificabili, allorché sia «necessario al fine di garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati»⁸¹.

Seppure alcune di queste premesse possano risultate valide⁸², ciò che non convince del ragionamento della Corte sono le conclusioni alle quali perviene, ovvero che le esigenze di omogeneità, funzionali a realizzare l'intercomunicabilità tra i sistemi informatici delle amministrazioni, siano di per sé idonea a realizzare i «profili di qualità dei servizi»⁸³. In termini più chiari, poniamo in dubbio l'assioma riduttivo per cui «l'eguale disciplina sia giustificata e possa garantire l'eguale accesso dei cittadini alle prestazioni necessarie per la tutela dei diritti, e dunque l'eguale godimento dei diritti»⁸⁴.

Inoltre, validi dubbi sorgono in merito alla premessa circa la neutralità delle norme tecniche, quando si aderisca alla lineare tesi per cui «il diritto non è mai neutrale, in quanto esso è *rottura della neutralità* e decisione di una regola»⁸⁵.

In tale contesto, riteniamo quindi che le scelte sull'utilizzo delle ITCs non possono definirsi neutrali, in quanto tali tecnologie sono parte integrante di un più ampio contesto socioculturale che incoraggia e sostiene un preciso modello razionale di società basato su concorrenza, produttività e calcolo⁸⁶.

Per compiere il paradigma legale costituzionale, risulta maggiormente opportuno guardare oltre l'apparente neutralità delle nuove tecnologie e della

⁷⁹ Così da ultimo Corte Cost., Sent. n. 139/2018. Più attenta alle prerogative delle autonomie nella materia in oggetto era apparsa in precedenza Corte Cost. Sent. n. 31 del 2005, dettagliatamente in A. G. Orofino, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, 21 ss.

⁸⁰ Cfr. Corte Cost., Sent. n. 133/2008 e più recentemente Sent. n. 251/2016.

⁸¹ *Ibidem*

⁸² Infatti, non può porsi radicalmente in dubbio la necessità di un certo grado di uniformità per permettere ai sistemi informatici della p.a. di interagire, cfr. approfonditamente A. G. Orofino, *La semplificazione digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 3, 87-112.

⁸³ Così anche Sentenza n. 17 del 2004.

⁸⁴ Così criticamente M.C. Cavallaro, *Divario territoriale, coesione sociale e tutela dei diritti: Il ruolo delle regioni in tempo di crisi*, op. cit., 86-87.

⁸⁵ In questi termini N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 185. Altra dottrina ha parlato anche di utilizzo della tecnologia con intento normativo L. Ammannati, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in L. Ammannati, A. Canepa, G.L. Greco, U. Minneci (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, 3 ss.

⁸⁶ D. Beer, *The social power of algorithms*, in *Information, Communication and Society*, 2017, 20(1), 1-13.

loro regolamentazione, per cogliere l'eventuale esistenza di dati e calcoli discriminatori⁸⁷, ovvero di fenomeni corruttivi coperti dall'opacità tecnologica⁸⁸.

Per le ragioni che abbiamo cercato di evidenziare, l'assioma su cui si regge l'intera impalcatura centralistica, ovvero che prestazioni rese sulla base di standard digitali uniformi calati dall'alto risultino più confacenti alla tutela dei diritti dei destinatari, risulta tutt'altro che provato⁸⁹. Al contrario, sul piano generale come è stato evidenziato in parte della dottrina «l'identità di disciplina tra realtà incomparabili ha costituito il problema più serio per l'ordinamento locale, di carattere normativo appunto, che si ripercuote immediatamente sull'efficacia dell'azione amministrativa»⁹⁰. Il mito dell'uniformità delle regole tecniche in materia di digitalizzazione si scontra dunque con l'assetto autonomistico e pluralista delineato dalla nostra Costituzione.

Per questi motivi, può essere utile prendere coscienza di un tale fenomeno di accentramento dei poteri, così da interrogarsi sul se la perpetrazione di tale modello amministrativo rispetti le tradizioni costituzionali proprie del nostro

⁸⁷ Sulla necessità di non enfatizzare tale neutralità F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale, Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 475 ss.

⁸⁸ Cfr. G. Lo Sapio, *La trasparenza sul banco di prova dei modelli algoritmici*, in *federalismi.it*, 21 aprile 2021, ove l'A. distingue tre livelli di opacità «a) tutti gli algoritmi sono certamente caratterizzati dalla "opacità linguistica", dovuta alla circostanza che le istruzioni sono comunicate dal programmatore alla macchina in un linguaggio informatico, e non nel linguaggio naturale con cui sono espresse anche le regole giuridiche; b) molti di essi presentano un ulteriore livello di opacità, che può definirsi "giuridica", poiché l'innovazione tecnologica fondata su algoritmi, specie se acquistata dall'amministrazione sul mercato, può essere oggetto di diritti di proprietà intellettuale, o industriale riconosciuti in capo ai suoi "ideatori", connessi alla dinamiche di sfruttamento commerciale sulla segretezza dei codici sorgenti (con la conseguente necessaria esigenza di bilanciamento tra l'interesse conoscitivo e la tutela di tali diritti); c) per una specifica categoria di algoritmi, rientranti in una specifica sotto area dell'intelligenza artificiale, e in particolare, per quelli di cd. "apprendimento automatico" e di cd. "apprendimento profondo" (machine learning e deep learning), viene in rilievo una forma di opacità "strutturale" che deriva dallo stesso meccanismo di funzionamento del sistema, rimanendo oscuro ed impenetrabile anche per gli stessi programmatori comprendere come la macchina, partendo dai dati forniti, sia giunta ad un determinato risultato (è il fenomeno noto come "black box")».

⁸⁹ Si vedano in questo senso le riflessioni svolte da P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 2, 111-134, la quale fa notare come la digitalizzazione non vada confusa con l'efficienza della p.a., in quanto l'informatizzazione è un mero strumento, che può anzi rivelarsi di ostacolo al raggiungimento degli obbiettivi di interesse generale, come di fatto avvenuto con l'accentramento del divario digitale.

⁹⁰ D. Granara, *Il principio autonomistico nella Costituzione*, Torino, 2019, 202.

ordinamento nazionale, soprattutto in termini di rispetto delle autonomie locali⁹¹ e di garanzia dei diritti fondamentali⁹² dei soggetti coinvolti.

4. *Limiti e controlimiti alla tesi centripeta*

Per come profilate, dunque, le dinamiche decisionali (*legislative e amministrative*) evidenziate nella risposta alla crisi pandemica tornano a evocare, due questioni mai definitivamente risolte⁹³, ovvero: a) sul piano europeo, i c.d. controlimiti⁹⁴, b) sul piano nazionale, il riparto delle funzioni tra Stato e enti locali. Posto in tali termini il dilemma tende a concentrarsi sul grado di effettiva dell'assetto decentrato e pluralista delineato dalle norme della Costituzione. Risulta utile premettere come le due questioni di cui alle lett. a) e b) sono intimamente legate, posto che il tema del rispetto dei principi fondamentali si spiega e proietta ad ogni piano, sia interno che esterno⁹⁵.

⁹¹ Più in generale L. Torchia, *Il Sistema amministrativo*, op. cit., 421-422, fa notare attentamente come «vi è il pericolo di una profonda spaccatura del sistema amministrativo italiano, lungo due possibili direttrici. La prima è quella tra amministrazioni che riescono a sfruttare le potenzialità offerte dal processo di europeizzazione e di globalizzazione, diventandone parti attive, ed amministrazioni che si limitano a subire tale processo. Sebbene l'apertura ultrastatale delle pubbliche amministrazioni rappresenti un fenomeno tendenzialmente generale, che investe la quasi totalità delle funzioni pubbliche, il sistema amministrativo non reagisce in maniera uniforme alle sollecitazioni ultrastatali. Al contrario, ciascuna componente risponde a tali sollecitazioni in modi diversi, che riflettono il differente grado di influenza della regolazione ultrastatale. Ciò non toglie che vi sia il pericolo di una «doppia velocità» nel sistema amministrativo italiano, tra amministrazioni più rapide ed efficienti nello sfruttare i benefici del processo di europeizzazione e di globalizzazione, minimizzandone gli inconvenienti, ed amministrazioni che traggono un minor giovamento dall'apertura alla dimensione ultrastatale».

⁹² Tale locuzione è spesso confusa nel linguaggio degli operatori con quella di «diritti umani». Senza volere entrare approfonditamente in un dibattito terminologico, ci pare efficace la distinzione che si fonda essenzialmente sul carattere marcatamente «giuridico positivo» dei diritti fondamentali cfr. G. Pino, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 10; Id., *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017, 107 ss.

⁹³ In questo senso A. Celotto, *Ritorno al passato sui controlimiti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2018, 1318 ss., ove l'A. evidenzia come si tratti di «un problema aperto con la sent. n. 183 del 1973 della Corte e mai completamente chiarito, anche perché si riflette sull'assetto stesso dei rapporti fra ordinamenti: da impostare in chiave monista (senza controlimiti rigidi) o in chiave dualista (con controlimiti)? E, quindi, in una visione di dialogo fra Corti o di isolamento nazionalistico?». Analogamente con i dovuti distinguo, sul piano interno quello del riparto di competenze tra Stato e autonomie locali è stato efficacemente descritto in termini di «inestricabile groviglio», così T. Groppi, *Attuazione e revisione del Titolo V?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 3-4, 397 ss.

⁹⁴ Tale terminologia si fa tradizionalmente risalire a P. Barile, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Aa.Vv., Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. 6, Firenze, 1969, 33-54, spec. 45 ss.

⁹⁵ In questi termini A. Ruggeri, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controlimiti»)*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 19 ss.

Con il termine di cui alla lett. a) si fa riferimento alla teoria – fatta propria da diverse Corti costituzionali degli Stati membri⁹⁶ – per la quale «i principi fondamentali e supremi dell'ordinamento costituzionale e il nucleo essenziale dei diritti fondamentali godono della caratteristica della inviolabilità e quindi non possono subire pregiudizio da parte di nessuna autorità pubblica, neppure da parte delle istituzioni comunitarie, cui pure lo Stato ha ceduto importanti quote di sovranità»⁹⁷.

Tralasciando per un momento il distinto profilo della tutela dei diritti fondamentali⁹⁸, il (contro)limite che dovrebbe emergere con maggiore evidenza nell'allocazione verso l'alto delle funzioni⁹⁹ normative e amministrative in tema di digitalizzazione della p.a. è quello derivante dal principio autonomistico di cui all'art. 5 della Costituzione¹⁰⁰.

A ben vedere, il dettato costituzionale si presenta aperto sul punto; in questo senso la dottrina ha parlato di una “non scelta” del legislatore costituente in ordine a quali tipi di relazioni verticali e orizzontali si debbano stabilire tra i vari livelli di governo¹⁰¹. Tali riflessioni si attanagliano perfettamente alla disposizione in commento, la quale già dalla sua portata letterale lascia emergere una naturale tensione tra i due poli dell'unità e dell'autonomia¹⁰². In termini più generali, lo statuto della pubblica amministrazione è stato volutamente delineato nelle sole

⁹⁶ Quanto alla Corte costituzionale italiana i riferimenti principali sono contenuti nelle seguenti pronunce n. 98/1965, n. 173/1973, n. 170/1984, n. 232/1989, n. 389/1989, n. 24/2017, n. 115/2018.

⁹⁷ M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 21 ss.

⁹⁸ Tema sul quale, peraltro, il dibattito interno è giunto ha conclusioni più solide e evidenti, basti qui citare il noto caso Taricco, che ha visto il dialogo tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale (da ultimo, Sent. n. 115/2018) e l'ampio dibattito scientifico che ne è seguito in svariate sedi.

⁹⁹ Cfr. G. De Minico, *Una promessa incompiuta il piano nazionale di ripresa e resilienza?*, in *federalismi.it*, 2 febbraio 2022, che parla criticamente di «esproprio delle attribuzioni interne non è né tipizzato, né limitato a talune competenze, ma disegnato in termini di un'acquisizione omnibus di poteri tradizionalmente nazionali».

¹⁰⁰ La norma così dispone: «La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento». Può risultare utile notare come l'affermazione del principio autonomistico sia transita nel corso dei lavori preparatori dalla seconda parte della Carta (art. 106) all'attuale collocazione, cfr. P. Costa, M. Salvati, *La serie "Costituzione italiana: i Principi fondamentali"*, in S. Staiano, *Costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017, XII.

¹⁰¹ Cfr. S. Ninatti, *Democrazia e cittadinanza nelle autonomie territoriali*, in B. Pezzini, S. Troilo (a cura di), *Il valore delle Autonomie: territorio, potere e democrazia*, Napoli, 2015, 145 ss. e l'ivi citata opera di P. Caretti, *Il sistema delle conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, 2000, 3-4, 552-553.

¹⁰² In questo senso A. D'Atena, *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano*, Torino, 2016, 51-52. Si veda anche M.C. Cavallaro, *op. cit.*, 65, ove l'A. parla di natura compromissoria del disegno costituzionale, «tra l'esigenza di garantire la centralità e l'unità dello Stato sovrano, rivendicata da quelle forze che ritenevano prioritario assicurare l'attuazione delle riforme necessarie per la tutela dei diritti, e la volontà di restituire dignità alle “libertà locali”, mortificate dall'esperienza fascista».

linee essenziali dalla Carta¹⁰³, cosicché l'opera della sua concretizzazione è stata teorizzata dalla dottrina e affidata alla giurisprudenza costituzionale¹⁰⁴.

La maggiore difficoltà di una piena applicazione della teoria dei controlli, ai nostri fini, si coglie però sul piano soggettivo, ovvero con riferimento all'individuazione del garante unico dei principi fondamentali da un lato, rispetto alla pluralità di garanti del principio del primato del diritto comunitario dall'altro. Infatti, mentre il compito di attuare il diritto europeo anche a discapito di quello nazionale è rivolto a tutte le componenti interne allo Stato membro¹⁰⁵, ergo anche alle amministrazioni locali, al contrario la Corte costituzionale italiana ha assunto il ruolo di tutore dei controlli¹⁰⁶. Senonché il "giudice delle leggi" si è rilevato nel tempo un custode delle istanze di accentramento, tanto da aver concluso nella sua giurisprudenza nel senso che il principio della prevalenza del diritto europeo su quello interno conduce a riconoscere alle norme europee la capacità

¹⁰³ Si consideri in questo senso la tesi dell'illustre amministrativista Vittorio Emanuele Orlando, per il quale quello dell'assetto delle amministrazioni locali (Comuni, Province e Regioni) doveva rimanere un tema estraneo alla materia costituzionale cfr. le analitiche ricostruzioni contenute in S. Staiano, *art 5, op. cit.*, 34-35, R. Bifulco, *Art. 5*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 132 ss.; L. Ronchetti, *Il principio autonomistico: interdipendenza «versus» disgregazione nazionale e sociale*, in M. Della Morte, F.R. De Martino, L. Ronchetti (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Bologna, 2020, 65 ss.

¹⁰⁴ Così G. Corso, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, in R. Ursi, G. Scala (a cura di), *Lo statuto costituzionale pubbliche amministrazioni*, Palermo, 2019, 270 ss.

¹⁰⁵ La questione si era recentemente posta nella vessata materia della proroga delle concessioni balneari, avendo una parte della giurisprudenza di primo grado dubitato della vincolatività delle prescrizioni europee per tutte le amministrazioni concedenti. Rispondendo al predetto quesito l'Adunanza plenaria è stata abbastanza lapidaria avendo ricostruito come: «In termini generali, va, anzitutto, osservato che la sussistenza di un dovere di non applicazione anche da parte della p.a. rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale. In particolare, nella sentenza Fratelli Costanzo si legge espressamente che "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali", sono tenuti ad applicare le disposizioni UE self-executing, "disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi" (22 giugno 1989, C-103/88). Anche la Corte costituzionale (sentenza n. 389 del 1989) ha ribadito che "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme" comunitarie nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea. Il Consiglio di Stato, a sua volta, sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresi gli organi amministrativi, devono riconoscere come diritto legittimo e vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti. Opinare diversamente significherebbe autorizzare la p.a. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto» (Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sentenza n. 18/2021).

¹⁰⁶ Per orientamento giurisprudenziale ormai granitico cfr. da ultimo Corte Cost., Sent. n. 115/2018, spec. considerando 8 in diritto. Tale tesi ha suscitato però le critiche di una parte della dottrina v. A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 26 ss. ove l'A. argomenta la tesi che il ricorso alla Corte costituzionale dovrebbe essere uno strumento di garanzia ulteriore, che può ma non dovrebbe sostituirsi agli altri operatori (segnatamente i giudici comuni).

di «incidere sull'esercizio delle competenze regionali quand'anche le stesse risultino fissate in norme di rango costituzionale»¹⁰⁷.

Sullo sfondo di una simile presa di posizione, pesa la ricostruzione della stessa giurisprudenza costituzionale, per la quale il concetto di autonomia voluto dai costituenti bisogna essere tenuto ben distinto da quello di sovranità, la cui spettanza in via esclusiva allo Stato unitario non può essere oggetto di contestazione¹⁰⁸.

Tuttavia, tale tesi ci pare non cogliere la complessità del rapporto tra governanti e governati, specie nella parte in cui non comprende come l'assetto delle autonomie infine rappresenti il volto interno della sovranità¹⁰⁹.

Simili considerazioni critiche trovano riscontro nella stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, non senza contraddizioni, aveva in precedenza affermato come «Le forme e i modi nei quali la sovranità del popolo può svolgersi, infatti, non si risolvono nella rappresentanza, ma permeano l'intera intelaiatura costituzionale: si rifrangono in una molteplicità di situazioni e di istituti ed assumono una configurazione talmente ampia da ricomprendere certamente il riconoscimento e la garanzia delle autonomie territoriali. Per quanto riguarda queste ultime, risale alla Costituente la visione per la quale esse sono a loro volta partecipi dei percorsi di articolazione e diversificazione del potere politico strettamente legati, sul piano storico non meno che su quello ideale, all'affermarsi del principio democratico e della sovranità popolare»¹¹⁰.

Se si accoglie tale prospettiva, risulta più immediato percepire lo svuotamento del ruolo degli enti locali, in quanto portato immediato della cessione di parte della sovranità statale (normativa, finanziaria e amministrativa) a favore dell'Unione¹¹¹. Mancando il supporto del giudice delle leggi, rispetto alle esigenze di decentramen-

¹⁰⁷ Così Corte cost., Sentenza n. 224/1994, in *Giur. cost.*, 1994. Non si tratta, peraltro, di orientamento isolato cfr. per approfondire A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 309-310.

¹⁰⁸ Corte Cost., Sent. n. 365/2007, ove si afferma che «Pretendere ora di utilizzare in una medesima espressione legislativa, quale principale direttiva dei lavori di redazione di un nuovo statuto speciale, sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di una endiadi), di cui la seconda certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali».

¹⁰⁹ Secondo l'efficace formula di G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bologna, 1975, 286.

¹¹⁰ Sentenza n. 106 del 2002.

¹¹¹ La pronuncia ora citata, inoltre, ci pare esprima un livello di consapevolezza maggiore specie per i temi trattati in questa sede, nella parte in cui afferma «il nuovo orizzonte dell'Europa e il processo di integrazione sovranazionale nel quale l'Italia è impegnata abbiano agito in profondità sul principio di sovranità, nuovamente orientandolo ed immettendovi virtualità interpretative non tutte interamente predicibili, un apparato concettuale largamente consolidato nel nostro diritto costituzionale consente di procedere, proprio sui temi connessi alla sovranità, da alcuni punti fermi»

to potrebbe venire in aiuto la teoria della europeizzazione dei controlimiti¹¹². E seguendo tale eclettica via si dovrebbe ammettere che siano gli organi comunitari, e tra questi la Corte di Giustizia, a farsi garanti dell'individuazione e della tutela delle «tradizioni autonomistiche» che appartengono agli Stati membri¹¹³.

Quest'ultima soluzione incontra però due principali ostacoli. Da un lato, infatti, tra i diversi indirizzi espressi nel tempo dalla CGUE prevale quello che rielabora le tradizioni identitarie statali al fine di assicurare il primato del diritto comunitario¹¹⁴, dall'altro il riferimento per i giudici sovranazionali rimane il diritto costituzionale vivente nell'interpretazione delle Corti nazionali¹¹⁵ per come sopra delineato.

A favore del decentramento potrebbe soccorrere il principio di sussidiarietà verticale, il quale ha ricevuto credito politico nell'ambito della comunità europea¹¹⁶, per approdare successivamente al testo costituzionale con la riforma del titolo V¹¹⁷. In *nuce* tale postulato avverrebbe la potenzialità per promuovere il decentramento, poiché positivizza la presunzione, logica prima che giuridica, per cui «tanto più il soggetto titolare della decisione è vicino ai destinatari, tanto più le decisioni saranno coerenti con le aspettative della collettività e controllabili dalla stessa»¹¹⁸.

¹¹² Come nota le teorie si fonda principalmente sulla lettura dell'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea, che stabilisce: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

¹¹³ Aspetti favorevoli di simile impostazione sono stati colti in parte della dottrina cfr. G. De Cesare, *Cosa giudicata - Ancora Lucchini! La Corte d'Appello di Roma aziona i "controlimiti" a difesa del giudicato nazionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, 12, 2635.

¹¹⁴ In questo senso approfonditamente F. Vecchio, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012, 207 ss. Si veda anche M. Carabita, *Commento all'art. 4, par. 2*, in A. Tizzano, *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 23 ss., ove si da atto che non si riscontrano casi in cui la Corte sia pervenuta all'annullamento di atti dell'Unione per mancato rispetto delle identità costituzionali. Si veda anche la recente la pronuncia Causa C-219/17: Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) del 19 dicembre 2018, in materia di vigilanza bancaria unica, nella quale la CGUE ha ritenuto irrilevante il limite del giudicato giurisdizionale interno, in quanto non possono essere compromesse le competenze attribuite dal diritto europeo alle istituzioni comunitarie.

¹¹⁵ Così A. Ruggeri, *Primato*, *op. cit.*, 30.

¹¹⁶ La traduzione giuridica di tale postulato è avvenuta in primo luogo in sede di Comunità europea, tanto che uno dei principali attori del trattato di Maastricht, il premier inglese Major, descrisse la sussidiarietà quale «formula che ha salvato l'accordo internazionale» v. in questo senso S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro Italiano*, 1995, 10, 373-378; P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato - autonomie*, in *federalismi.it*, 16 novembre 2016.

¹¹⁷ Tuttavia, secondo una parte della dottrina il principio di sussidiarietà era iscrivibile, anche prima della legge di revisione costituzionale n. 3 del 2001, fra i principi fondamentali, mediante una lettura sistematica dell'art. 5 cfr. per tutti v. A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 1, 13-33

¹¹⁸ In questi termini A. Truini, *Federalismo e Regionalismo in Italia e in Europa. Centro e periferie a confronto*, Vol. II, *Il processo autonomistico dall'Unità a oggi*, Padova, 2003, 199. Può essere notare come conside-

Senonché, come è stato efficacemente notato in dottrina la sussidiarietà è un principio elastico perché opera verso il basso (“le funzioni amministrative sono attribuiti ai Comuni”, art. 118 co. 1), ma anche verso alto: quando delle funzioni debba essere assicurato “esercizio unitario”¹¹⁹. Ed è noto a tutti, che nella storica Sentenza n. 303/2003 e nella giurisprudenza costituzionale successiva è stato declinato in questa seconda direzione.

Sul piano europeo, deludente è in generale il giudizio espresso circa il rispetto del principio ora in oggetto dal Comitato europeo delle regioni, relativamente al generico approccio accentrato di tipo *top down* che si è riscontrato tanto in sede europea¹²⁰ quanto negli Stati¹²¹. In questo senso l’organo consultivo comunitario ha denunciato come «la ripresa economica e sociale, nonché le transizioni verde e digitale, in particolare la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, possono avere successo solo se gli enti locali e regionali sono direttamente coinvolti nella preparazione e nell’attuazione dei Piani Nazionali. Senza il coinvolgimento strutturale degli enti locali e regionali, il livello politico più vicino al pubblico sarà escluso, con il risultato che le tappe e gli obiettivi fissati non potranno essere raggiunti»¹²².

Cosa resta dunque del principio autonomistico, considerando che, almeno teoricamente, lo stesso non potrebbe essere scalfito nel suo nocciolo duro¹²³.

Secondo le indicazioni provenienti dalla Consulta, come declinate dal legislatore, tale nucleo essenziale può individuarsi nel principio di leale collaborazio-

razione di tenere analogo fossero presente negli stessi costituenti considerando che lo stesso Gaspare Ambrosini nella nota “Relazione sulle autonomie regionali” evidenziava come le ragioni dell’autonomia fossero da rintracciare nell’ovviare ai danni dell’accentramento che rende l’andamento della vita pubblica di e renderlo in conseguenza «più semplice e spedito», e potenziare d’altra parte le unità secondarie, cioè le energie locali, facendone delle forze «per tradurre in atto ogni progresso possibile nella loro sfera».

¹¹⁹ G. Corso, *Lo statuto costituzionale della pubblica amministrazione*, op. cit., 270 ss., l’A. è molto critico sul punto tanto da considerare la formula costituzionale come «vaga, a carattere ideologico, sostanzialmente destituita di rilievo giuridico e questo varrebbe ancor di più per gli altri due principi che affiancano la sussidiarietà verticale, la differenziazione e l’adeguatezza».

¹²⁰ Il Comitato europeo delle regioni con il Parere “*Recovery plan for Europe in response to the COVID-19 pandemic: Recovery and Resilience Facility and Technical Support Instrument*” (140^a sessione plenaria, 12-14 ottobre 2020) aveva infatti proposto tutta una serie di modifiche alla proposta di regolamento RFF avanzata dalla Commissione. Tali modifiche in particolare accentuavano una governance partecipata sia in punto di elaborazione dei piani nazionali che della relativa attuazione. Delle importanti indicazioni del Comitato però si riscontra davvero poco, considerando che il riferimento alle autonomie locali è contenuto nel Regolamento 2021/241 solo nel considerando 34, e poi ripreso nell’art. 18 comma 4, lett. q) ma in prospettiva Stato-centrica (cfr. C. B. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *federalismi.it*, 21 settembre 2022).

¹²¹ Cfr. il Parere “*Implementation of the Recovery and Resilience Facility*” del Comitato europeo delle regioni (147^a sessione plenaria, 1-2 dicembre 2021) nel quale l’organo consultivo si rammarica del fatto che nella maggior parte degli Stati membri, la preparazione dei PNRR sia stata un processo dall’alto verso il basso, che comporta il rischio di centralizzare importanti investimenti pubblici e ha un impatto sul successo finale del dispositivo per la ripresa e la resilienza.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Cfr. su questi temi C. Casonato, *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010.

ne, espressione delle relazioni di coordinamento, da attuare principalmente attraverso lo strumento delle Conferenze e delle relative intese. In quest'ultima direzione è orientata anche la normativa in tema di digitalizzazione considerando che sia gli interventi previsti nel PNRR¹²⁴, sia a un livello più sistematico il Codice dell'amministrazione digitale, individuano la Conferenza unificata quale sede per il coordinamento delle rispettive competenze.

La norma di carattere generale è l'art. 14 del CAD, nel quale si prevede che lo Stato, le regioni e le autonomie locali promuovono le intese e gli accordi e adottano, attraverso la Conferenza unificata, gli indirizzi utili per realizzare gli obiettivi dell'Agenda digitale europea e nazionale e realizzare un processo di digitalizzazione dell'azione amministrativa coordinato e condiviso e per l'individuazione delle Linee guida.

Più che di intese e di accordi, tuttavia, si deve segnalare come il legislatore del Codice si sia accontentato nella maggior parte dei casi del mero requisito del parere espresso in sede di Conferenza unificata¹²⁵. Al contrario, lo strumento dell'intesa, di per sé idoneo a assicurare una maggiore e effettiva rappresentazione delle esigenze locali¹²⁶, è predisposto solo per limitate ipotesi, che per la loro esiguità possono essere così descritte: a) intesa Stato Regioni e Province autonome e Stato-città per la determinazioni attinenti all'anagrafe popolazione residente (art. 62, comma 6); b) intesa Stato Regioni e Province autonome per la definizione dell'anagrafe nazionale degli assistiti (art. 62-ter, comma 7); c) intesa in Con-

¹²⁴ Dal complesso quadro normativo emanato in attuazione del PNRR e in particolare dal Decreto-Legge 31 maggio 2021, n. 77 (*Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, emerge come la rappresentazione degli interessi locali nella governance del PNRR viene garantita attraverso un triplice modello organizzato: 1) attraverso la partecipazione, per le sole materie di interesse, alla Cabina di regia e limitatamente al Comitato per la transizione digitale; 2) per mezzo della presenza al tavolo permanente, avente funzione consultiva (art. 3, D. L. 7/2021); 3) mediante il tradizionale strumento delle Conferenze. Criticamente però vedi le recenti riflessioni di F. Manganaro, *Editoriale n. 1, 2021*, in *Il diritto dell'economia*, 5 maggio 2021, il quale evidenzia la necessità di rivedere il sistema delle conferenze, che nella gestione pandemica ha manifestato alcune sue note inadeguatezze.

¹²⁵ In questo senso, il parere della predetta Conferenza è richiesto: a) per l'adozione del decreto del Presidente del Consiglio (o del Ministro delegato per la semplificazione) con il quale si stabilisce la data a partire del quale le comunicazioni tra pubbliche amministrazioni e soggetti che non hanno ancora eletto domicilio digitale, avviene esclusivamente in forma elettronica (art. 3-bis, comma 3-bis); b) per l'adozione, da parte del capo dipartimento per la transizione digitale, del codice tecnologico di condotta che disciplinerà le modalità di progettazione, sviluppo e implementazione dei progetti, sistemi e servizi digitali delle amministrazioni pubbliche (art. 13-bis); c) per l'adozione da parte dell'AgID delle linee guida con le quali definisce gli standard tecnologici e criteri di sicurezza, di accessibilità, di disponibilità e di interoperabilità per la gestione della piattaforma nazionale digitale dati (art. 50-ter, comma 2); d) per l'adozione del decreto presidenziale con il quale si stabilisce la strategia nazionale dati (art. 50-ter, comma 4); e) per il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri con il quale sono definiti le caratteristiche tecniche, l'architettura generale, i requisiti di sicurezza, le modalità di acquisizione della delega e di funzionamento del Sistema di gestione delle deleghe (64-ter, comma 7); f) per l'adozione da parte dell'AgID delle linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice (art. 71).

¹²⁶ In questo senso la Corte cost. ha ritenuto l'intesa «la soluzione che meglio incarna la collaborazione» (di recente, sentenze n. 21 e n. 1 del 2016).

ferenza unificata per la predisposizione dell'anagrafe nazionale istruzione (art. 62-*quater*, comma 6); d) intesa in Conferenza unificata per il sistema di gestione delle deleghe (art. 64-*ter*, comma 7); e) intesa in Conferenza unificata per l'attuazione della carta dei servizi digitali e carta identità elettronica (art. 66, comma 2).

5. Considerazioni conclusive

Dunque, il sistema delle Conferenze dovrebbe essere la sede nella quale le autonomie abbiano la possibilità di far valere le loro specifiche identità locali.

In tali "luoghi" gli enti locali dovrebbero esprimere il loro indirizzo normativo, ma prefigurare anche un'autonomia amministrativa, considerando che è lo stesso legislatore in materia di digitalizzazione a prescrivere che le singole p.a. provvedano alla riorganizzazione e all'aggiornamento dei servizi resi, sulla base di una preventiva analisi delle reali esigenze degli utenti (art. 7, CAD).

Tra tali esigenze riteniamo di poter annoverare quelle diversità territoriali, che oggi assumono anche una connotazione preoccupante in termini di divario digitale¹²⁷. Servizi pubblici e procedimenti amministrativi¹²⁸, in questo sen-

¹²⁷ Si veda S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 337, ove si evidenzia come la digitalizzazione «attraverso il trattamento automatizzato di dati e informazioni, alimenta una frattura sociale tra individui sempre più trasparenti e poteri sempre più opachi e incontrollabili». Le indagini scientifiche hanno dimostrato che il fenomeno del c.d. digital divide è articolato in maniera ancora più complessa e coinvolge grossa parte dell'esperienza umana, in ragione della natura pervasiva assunta delle nuove tecnologie. In questo senso, sono stati distinti almeno tre diversi livelli di divario digitale (v. J. Van Dijk, *The digital divide*, Cambridge, 2020). Inizialmente, l'interesse degli studiosi e dell'opinione pubblica ha riguardato l'accesso alle nuove tecnologie (primo livello), e significativamente all'infrastruttura di Internet (v. B. Carotti, *L'accesso alla rete e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 6, 643 ss; M. Orofino, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008). Solo successivamente, invece, si è compreso che il mero accesso ai dispositivi (computer, smartphone, tablet) e alla rete di connessione sono insufficienti, se non si tiene conto delle conoscenze e competenze con le quali ci si relaziona efficacemente con gli strumenti digitali (secondo livello). Da ultimo l'interesse degli studiosi si sta concentrando sulla possibilità che la transizione digitale amplifichi le disuguaglianze già esistenti, ovvero ne crei delle nuove agendo quale fattore di discriminazione (v. J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner, J. Angwin, *How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm*, *Por Pubblica* 23, 2016; P. Piras, *Innovazione tecnologica e divario digitale*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 2, 111-134; A. Simoncini, *Amministrazione Digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione*, op. cit., 1 ss.). Gli attuali studi stanno dimostrando come il diffondersi delle nuove tecnologie sia capace di ampliare le disuguaglianze sociali già esistenti, creando molteplici divari digitali di ordine culturale, territoriale, personale, economico e politico (J. Van Dijck, op. cit.; A.S. Alvarez, *Behavioral and environmental correlates of digital inequality*, in *IT&Society*, 2003, 1(5), 97-140; J.E. Prieger, W.M. Hu, *The broadband digital divide and the nexus of race, competition and quality*, in *Information Economics and Policy*, 2008, 20(2), 150-167; M. Ragnedda, *The third digital divide. A Weberian analysis of digital inequalities*, London, 2017. Più specificamente, il modo in cui gli individui accedono e utilizzano le ITCs è risultato essere influenzato dai principali fattori di disuguaglianza sociale consolidati, quali: etnia, condizione socioeconomica, genere, età e ubicazione geografica.

¹²⁸ Il tratto comune delle due forme di attività amministrativa risulta quello di essere rivolte alla realizzazione di interessi pubblici della collettività. In questo senso, appaiono essere votati a tale finalità tanto l'atto autoritativo provvedimento emesso all'esito del procedimento (i.e. espropriazione per pubblica utilità), quanto la prestazione di un servizio pubblico (i.e. il riconoscimento di una pensione di inabilità). Secondo l'imposta-

so, dovrebbero rispondere alle peculiarità economiche e sociali degli utenti verso i quali si rivolgono. In altri termini, l'automazione e la relativa semplificazione promesse dalle nuove tecnologie possono ripercuotersi positivamente sull'efficacia dell'azione amministrativa a condizione di non lasciare fuori quelle fasce di utenza che per appartenenza geografica, economica o sociale risultano più svantaggiate.

Gli enti intermedi dovrebbero, dunque, farsi portatori di tali esigenze a rappresentarle ai vari livelli amministrativi e legislativi, facendosi portatori delle "identità dei territori" nel processo di transizione digitale. Riprendendo quanto lucidamente prefigurato da attenta dottrina nel periodo antecedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, «quella dell'identità è la grande scommessa dell'Europa e degli europei. Paradossalmente è solo se riesce questa scommessa che avrà ancora un senso cercare, all'interno dell'identità europea, lo spazio per una identità nazionale italiana o tedesca o francese o spagnola o slovena»¹²⁹.

Nel tentativo di calare questa riflessione in conclusione alla presente ricostruzione, appare ancora aperta la posta in gioco circa il profilo identitario dell'Europa. Nel dettaglio, non è chiaro se e in che misura questa entità sovrastatale intenda fare proprie le istanze di pluralismo democratico e istituzionale interne agli Stati membri. In questo scenario, tuttavia, il forte ridimensionamento del ruolo delle autonomie italiane nei processi decisionali pubblici è da imputare in primo luogo a una crisi della stessa identità nazionale¹³⁰. Nel dibattito interno, infatti, gli enti locali sono percepiti da tempo come "un'eterna incompiuta"¹³¹, simili a

zione qui patrocinata può così affermarsi che l'amministrazione agisca mediante uno statuto giuridico unitario, ovvero adeguandosi a una doppia necessità: perseguire l'interesse pubblico e rispettare le situazioni soggettive del singolo attribuite dall'ordinamento (cfr. in questo senso F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, voce in *Enciclopedia del diritto*, VI aggiornamento, Milano, 2004, 95 ss.).

¹²⁹ B. Caravita di Torrito, *Identità europea, identità nazionali, identità locali: Il senso e la direzione di una scommessa*, in *Federalismi.it.*, 2008, ove l'A. con lungimiranza osservava che «Se non riesce, assisteremo non già ad un recupero di identità nazionali, pur se più deboli, bensì allo spapolamento ed alla frammentazione delle care, tradizionali, ma logore e stantie, identità nazionali in una miriade di identità regionali e locali, tutte alla ricerca di una propria migliore collocazione in un mondo che avrà lasciato l'Europa e gli europei ai margini».

¹³⁰ Più diffusamente sul nodo dell'identità nazionale quale presupposto per la governabilità del Paese v. M. Mazzamuto, *Governabilità: per un ritorno alla democrazia consociativa*, in *Il diritto dell'economia*, Editoriale n. 2, 2019, 29 novembre 2019.

¹³¹ Sulla marginalizzazione delle autonomie nel contesto del PNRR v. C. B. Ceffa, *Il limitato ruolo delle autonomie territoriali nel PNRR: scelta contingente o riflesso di un regionalismo in trasformazione?*, in *Federalismi.it.*, 21 settembre 2021. Si veda anche quanto evidenziato dall'Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio sullo stato di attuazione e sulle prospettive del federalismo fiscale, del 20 ottobre 2021, ove si segnalano con riferimento ai relativi contenuti del Piano nazionale di ripresa, «la gestione delle risorse europee pone un interrogativo circa la capacità delle strutture coinvolte nella realizzazione degli interventi di farvi fronte». Più approfonditamente E. Arana Garcia, *La gestione del Recovery Fund (Next Generation EU) e la necessità di una nuova cultura della gestione amministrativa*, in *Il diritto dell'economia*, Editoriale n. 2, 2021, 13 Settembre 2021, si sofferma sull'incapacità delle p.a. di gestire i fondi e sulla necessità dunque di una riforma dell'assetto amministrativo che sia in grado assecondare il difficile binomio tra legalità e efficienza. In questo senso i fondi del recovery «potrebbe essere investita per realizzare una vera e propria trasformazione delle strutture burocratiche tradizionali, della relativa cultura e del personale onde garantire che le amministrazioni siano davvero preparate per agire al servizio delle nuove generazioni di europei».

quei ponti stradali cantierati e mai conclusi, dei quali appare più utile liberarsi che tentare ulteriormente di riformarli e/o valorizzarli.

Cercando di semplificare i termini della problematica, recentemente la dottrina ha denunciato il delinarsi di «un centralismo “emergenziale”, “in proroga”, che ha impedito il radicarsi di un modello realmente focalizzato sulle autonomie, sulla sussidiarietà (specie verticale), anche per l’evidente debolezza degli attori di sistema su cui il Titolo V maggior mente investiva: le Regioni e, seppure in misura minore, i comuni (tacendo di città metropolitane e, per evidenti ragioni, di province)»¹³².

In tale contesto, gli enti locali nell’adempimento delle loro funzioni appaiono chiamati a due nuove sfide legate alla transizione digitale: la prima in ordine alla comunità di riferimento, la seconda sul piano ordinamentale.

Quanto al primo profilo, questo è segnato da una crisi di identità territoriale, legata all’affermarsi di un’identità digitale universale riferibile a una rete globale, apparentemente senza confini geografici, sociali, normativi e culturali¹³³.

Quanto al secondo aspetto, gli enti territoriali sono impegnati alla luce di un fenomeno che la dottrina ha appunto definito di deterritorializzazione, che mette in crisi l’idea stessa di ordinamento giuridico come insieme di regole ancorate a un ambito territoriale determinato¹³⁴. Dunque, così come il criterio dello “spazio fisico” in passato è stato in grado di generare confusione nel riparto di attribuzioni¹³⁵, analogamente ora con i dovuti adattamenti “lo spazio digitale” si prefigura foriero di ulteriori conflitti di competenza.

Sullo sfondo riemerge il contrasto che aveva animato l’adozione della Costituzione repubblicana. Invero, da un lato si profilano le esigenze di decentramento utili a garantire la democraticità delle istituzioni, correlata alla adeguata rappresentazione degli interessi locali e dai bisogni dell’individuo¹³⁶. Dall’altro lato, si propugna la convinzione che solo uno Stato centralizzato possa introdurre le riforme profonde di cui l’Italia ha bisogno, riforme strutturali, nell’ambito di processi economici che eccedono la scala nazionale¹³⁷.

¹³² Così E. Carloni, *Il Titolo V e lo stato delle autonomie, vent’anni dopo*, in *Diritti regionali*, 2022, 1, 2.

¹³³ Si vedano le riflessioni del filosofo Byung-Chun Han, il quale riesce bene a riassumere lo stato di incertezza attuale: «attraverso tale nuovo medium [digitale] noi siamo riprogrammati, senza comprendere pienamente questo radicale cambiamento di paradigma. Arranchiamo dietro al medium digitale che, agendo sotto il livello di decisione cosciente, modifica in modo decisivo il nostro comportamento, la nostra percezione, la nostra sensibilità, il nostro pensiero, il nostro vivere insieme» (così H. Byung-Chul, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2015, 1 ss.).

¹³⁴ G. Pascuzzi, *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2020, spec. 323 ss.

¹³⁵ Cfr. in questo senso G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 127.

¹³⁶ Cfr. in questo senso G. Ambrosini, *Relazione sulle autonomie regionali*, il quale richiamando Mazzini evidenzia «la condanna del concentramento amministrativo, che terrebbe, costringendo, coscienza, merito demerito dei loro atti ai cittadini».

¹³⁷ Così S. Staiano, *La costituzione italiana: articolo 5*, Roma, 2017, 19.

In questa dialettica, a patto che non si voglia riconoscere all'Unione la struttura di organizzazione tecnica autoreferenziale di tipo elitario¹³⁸, il bilanciamento tra le contrapposte aspettative dovrebbe avvenire tenendo presente il fine ultimo di tale operazione, ovvero la maggiore tutela dei diritti degli amministrati¹³⁹, considerando che rimane questa la natura e il senso del costituzionalismo europeo¹⁴⁰.

¹³⁸ Purtroppo la percezione che i cittadini hanno della pubblica amministrazione va sempre più in questa direzione come segnala S. Cassese, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2020, 1, 141 ss. Si veda anche F. Patroni Griffi, *Élite e partiti politici in Europa: à la recherche di una classe dirigente tra crisi e nuovi modelli di democrazia e di integrazione europea*, in *federalismi.it*, 1 agosto 2018, il quale si sforza di distinguere l'Elite in senso positivo quale classe dirigente capace, dalla mera casta caratterizzata da chiusura, mancanza di progettualità e autoreferenzialità. Cfr. ancora R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2017, 101, che in merito all'ordinamento europeo segnalano il pericolo di una prevalenza della tecnocrazia sulla democrazia.

¹³⁹ Con complessità argomentativa M.C. Cavallaro, *op. cit.* ove si afferma che in ogni caso, l'autonomia disegnata dalla nostra Costituzione non è pensata per favorire istanze federaliste, ma è semmai concepita come uno strumento di garanzia e di attuazione dei diritti.

¹⁴⁰ In questo senso C. Casonato, *Introduzione*, in *Lezioni, op. cit.*, 3. In maniera più romantica ma non per questo meno efficace N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 155, fa notare come «Lo smarrimento nel mondo della tecno-economia è compensato dalle piccole patrie, dalle mura concluse che ci videro nascere ed in cui vogliamo morire».

La transizione digitale della pubblica amministrazione italiana nella prospettiva europea. Considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza

Il lavoro affronta la tematica concernente i rapporti tra ordinamento europeo e amministrazioni nazionali. Più nel dettaglio tale complesso rapporto viene calato nel contesto normativo della transizione digitale, alla luce dei recenti programmi di riforma avviati in sede europea e culminati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza. I quesiti che animano l'indagine prospettata sono essenzialmente due, ovvero: a) quello della competenza normativa dell'Unione in un ambito tradizionalmente riservato agli Stati membri, qual è l'ordinamento delle amministrazioni nazionali; b) quello del modello di amministrazione (diretta, indiretta, condivisa) che emerge dalla regolamentazione europea sulla digitalizzazione degli apparati pubblici.

Come delineato nel corso della trattazione, la risposta a tali interrogativi proviene da una lettura complessiva dei Trattati e della disciplina settoriale. In tale contesto normativo, un ruolo predominante è stato assunto dall'art. 114 del Trattato sul funzionamento dell'UE. Nella lettura di tale disposizione data dalla Commissione e confortata dalla Corte di giustizia, infatti, la competenza unionale nel settore del mercato interno viene ora declinata in termini di mercato unico digitale. È all'interno di tale «materia» che si sviluppa la disciplina europea sull'utilizzo delle nuove tecnologie (ITCs) nella pubblica amministrazione. In tale scenario, il lavoro argomenta la tesi per cui la riconduzione al settore del mercato interno porta quale conseguenza l'adesione al modello attuativo proprio di tale ambito, ovvero quello definito come «amministrazione condivisa». E tuttavia, in chiave critica, viene vagliata la tenuta di tale ricostruzione alla luce della teoria dei c.d. controlimiti e segnatamente del fondamentale principio autonomistico.

The digital transition of the Italian public administration in the European perspective. Considerations in the light of the national recovery and resilience Plan.

This paper deals with the relationship between the European legal order and national administrations. In more detail, this complex relation falls within the regulatory context of the digital transition, in the light of the recent reform programmes launched at European level and culminating in the National Recovery and Resilience Plan. The questions raised by the survey are essentially two: a) that of the Union's legislative competence in a field traditionally reserved to the Member States, as is the legal system of national administrations; b) that of the administrative model (direct, indirect, shared) that emerges from the European regulation on the digitalization of public bodies.

As outlined in the course of the discussion, the answer to these questions comes from an overall reading of the Treaties and the sectoral framework. In this regulatory context, a predominant role has been assumed by art. 114 of the Treaty on the Functioning of the EU. In the interpretation of this norm given by the Commission and supported by the Court of Justice, in fact, Union competence in the field of the internal market is now de-

clined in terms of the digital single market. It is within this «subject» that the European framework on the use of new technologies (ITCs) in public administration is developed. In this scenario, the work argues that the lead back to the internal market sector leads as a consequence to adherence to the implementation model of this area, that is, the one defined as «shared administration». Finally, in a critical way, the tightness of this reconstruction is examined in the light of the theory of the *controlimiti* and in particular the fundamental principle of autonomy.

La continuità: esigenza sociale e paradigma di democrazia

Gianluca Groe

SOMMARIO: 1. I principi del diritto: “*giusto equilibrio fra mito e realtà*”. – 2. Πάντα ῥεῖ: la continuità quale esigenza. – 3. Il processo di “*State building*” e il paradigma della continuità. – 4. Il *continuum* nel diritto pubblico. – 5. *Continuum* quale prodromo della democrazia parlamentare e sue possibili declinazioni. – 5.1. Principio di continuità e funzionamento degli organi costituzionali. – 6. Brevi cenni su continuità e *prorogatio* nell'organizzazione amministrativa.

1. *I principi generali del diritto: “giusto equilibrio fra mito e realtà”*

Accostarsi allo studio dei principi generali del diritto non è mai affar di poco conto, essendo che grava in capo al giurista l'arduo onere di bilanciare i valori intangibili dell'ordinamento con le esigenze sociali, nonché l'effettuale applicazione degli stessi principi con le loro incerte prospettive.

«Lo studio dei principi generali impone la perenne ricerca di un giusto equilibrio fra mito e realtà, fra percezione e meticolosa esegesi; essi hanno tutte le caratteristiche del mito, ma d'altra parte è impensabile affrontarli prescindendo dal loro legame con l'ordinamento»¹.

Senza dubbio, i principi del diritto costituiscono il fondamento endemico delle norme giuridiche: già nel I secolo, Gaio collocava le regole generali al vertice del sistema valoriale («*Cuisque rei potissima pars principium est*»)², in una posizione intoccabile quanto a valore assiologico.

V'è da considerare, tuttavia, come sarebbe del tutto fallace annettere i principi generali a categorie del tutto figurative, astrattamente allocate in una dimensione extralegislativa: essi, pur configurandosi quali *prius* metagiuridico delle nor-

¹ F. Benvenuti, *Mito e realtà nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006, 2741.

² Gaio, *De origine juris*, I.

me, altro non fanno che dare forma e contenuto alle stesse. «Le norme non sono che la ‘manifestazione sensibile’ del principio³».

Non ci si può esimere dal considerare, poi, che i principi generali del diritto rappresentino l’unico strumento in grado di tracciare una *reductio ad unum* della ciclopica frammentazione della normazione primaria e secondaria.⁴

La parcellizzazione intrinseca al sistema normativo nazionale, per di più, deve relazionarsi con la «frammentazione della fattispecie»⁵ prodotta dalle innumerevoli intersezioni del diritto europeo. In un contesto segnato dalla globalizzazione giuridica e da un policentrismo che presuppone una non sempre facile armonizzazione tra le norme, riposizionarsi sulla via dei principi generali del diritto par essere un’esigenza sempre più indifferibile.

Già il Benvenuti, nel commentare il rilievo cruciale della legge 20 marzo 1865 n. 2248, allocava i principi generali nel Monte Sacro del diritto, accostando la loro incidenza alla «δύναμη» (*dyname*) del mito classico.

Invero, i principi fondamentali, parimenti ai miti della tradizione classica, sono «storia venuta dal di fuori⁶» e non ammettono censure o modifiche, dovendo restare intangibili e sacri nell’integrità del sistema.

Di contro, «una legge non può essere un mito. Essa non può essere fuori dalla storia, ferma ed immutabile; essa deve essere opera dell’uomo e con l’uomo deve poter mutare»⁷.

Ecco che, quindi, il compito dello studioso diviene ancor più difficoltoso, dovendo rinvenire quella spesso opaca linea di demarcazione tra mito e realtà, fra empirismo e meticolosa esegesi.

I principi conservano tutte le caratteristiche del mito classico, ma per esplicare la loro diromponente efficacia tangibile debbono entrare in relazione con un ordinamento pluralista e globalizzato qual è quello contemporaneo⁸. La sacralità e la realtà ontologica si nutrono l’una dell’altra.

Tali premesse, ancorché sinottiche, paiono del tutto indispensabili al fine di meglio comprendere l’*animus* che intride la nozione di continuità nel diritto e, più nello specifico, nel diritto pubblico e amministrativo.

³ G. Alpa, *I principi generali*, Milano, 2006, 9 e ss.

⁴ M. D’Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in M. D’Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67 e ss.

⁵ S. Valaguzza, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 282 e ss. «La frammentazione descrive gli intrecci tra diversi sistemi giuridici e può ritrovarsi in qualsiasi tipo di intersezione normativa. L’intersezione normativa è particolarmente frequente, tanto che in dottrina si è parlato di globalizzazione giuridica, da affiancare alla globalizzazione economica e culturale».

⁶ F. Benvenuti, *op. cit.*, 2733.

⁷ *Ibidem*.

⁸ O. Pini, *Il principio di continuità dei poteri pubblici e della funzione amministrativa*, Torino, 2020, XIV.

2. Πάντα ῥεῖ: *la continuità quale esigenza*

La statica permanenza e la volubile mutevolezza della storia dell'uomo – e dunque del diritto inteso quale scienza sociale pratica – non è di certo un *tòpos* inedito nella letteratura, nella filosofia, nella sociologia e nella *scientia iuris*.

«L'essere umano è continuo»⁹, sosteneva Parmenide, incardinando su tale assunto l'intero impianto della sua indagine ontologica.

Anche la speculazione di Eraclito prende le mosse dal perpetuo fluire di tutte le cose. Il celebre frammento del πάντα ῥεῖ¹⁰, erroneamente attribuito al filosofo di Efeso (forse è invece da ascrivere ad uno dei discepoli del pensatore e, in particolare, a Cratilo) è in grado di significare la teoria del divenire universale: l'eterno fluire costituisce il risultato della compenetrazione e della trasformazione degli elementi contrari l'uno nell'altro. La natura risulta quale insieme unitario di relazioni e trasformazioni, pur mantenendo una sua intrinseca identità. Come il fiume in cui «non è possibile scendere due volte»¹¹, la natura e la storia, e quindi il divenire dell'uomo, non possono che essere discontinue nella continuità che le caratterizza.

Ed è proprio sul mito del *continuum* che poggiano le costruzioni della fisica e della metafisica aristotelica e financo, sia pur con diversi intenti, della matematica cantoriana. Il filosofo stagirito scrive: «Se l'uno è continuo, l'uno è molti, essendo il continuo divisibile all'infinito»¹².

La διαίρεσις (*diairesis*) racchiude in sé il senso di un intreccio tra continuità e infinità: l'infinito è da intendersi come continua divisibilità, o come divisibilità di un continuo all'infinito¹³.

Un *fil rouge*, quello del continuo, che permea la fisica aristotelica, in cui grandezza, tempo, movimento, e dunque mutamento ed evoluzione, sono forme del divenire che si trasforma.

Si veda come, anche in tale ipotesi, la continuità si appalesa quale necessità: essa si determina come l'elemento attraverso il quale due elementi diversi tra loro vengono ricondotti ad unità per reciproca occorrenza.

Plurimi potrebbero ancor essere i riferimenti al mondo della filosofia, ma in tal sede appare sufficiente un richiamo, sia pur tacitiano, al sol fine di comprendere quanto "l'armoniosa antitesi" tra mutevolezza e stabilità, tra continuità e discontinuità, tra coerenza ed incongruenza sia una connotazione intrinseca al

⁹ Per un'analisi compiuta sull'ontologia parmenidea, si veda R.B. Bianchi, *Azioni e analogie*, Roma, 2011, 300.

¹⁰ Eraclito, *Sulla natura*, frammenti 17, 18, 19, 20.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Per un approfondimento sull'impianto speculativo della fisica aristotelica, si consiglia S. Maracchia, *Matematica in Aristotele*, Milano, 2017.

¹³ R. Fabbrichesi, G. Longo, *Il "mito del continuo" tra filosofia e scienza*, in *Introduzione al convegno di Gargnano*.

divenire dell'uomo e, dunque, non può che riguardare anche la vita delle amministrazioni pubbliche, appannaggio dello sviluppo sociale.

Moltissimi sono gli ambiti in cui il principio che qui ci occupa si esplica, integrandosi lo stesso nella sfera ontologica dell'uomo, nella sua essenza più profonda.

Sul crinale di una analisi ermeneutica che tenga conto di questo assunto, l'esigenza di continuità andrebbe decriptata anche in riferimento al processo di formazione dello Stato italiano. Illuminanti sul punto gli studi del Cassese, che ripercorrono con prodigiosa lucidità argomentativa i *vulnera* connaturati allo "State building" italiano¹⁴.

3. *Il processo di "State building" e il paradigma della continuità*

La celebre espressione «Fatta l'Italia bisogna fare gli italiani», erroneamente attribuita al d'Azzeglio, racchiude in sé una verità fattuale da tener bene in conto, giacché ciclopica risultava ancor essere la cesura tra l'Italia formale e quella sostanziale, in ragione di una marcata stratificazione culturale, politica e spirituale.

Sul punto, il Romeo ha descritto bene il sentimento patriottico degli italiani¹⁵, rapportandolo all'*Esprit des nations* francese o al teutonico *Volksgeist*, giungendo alla conclusione per cui la storia del Paese si configurerebbe quale apparente contraddizione tra l'unità culturale, già matura sin dal Medioevo, e l'unità spirituale e morale, concetto ancora labile che, al più, poteva allo stato rappresentare una caparra di futuro.

E difatti, l'unificazione politicamente intesa era rimasta ferma fino all'Ottocento, pur essendosi formati nello Stivale sparuti gruppi sociali accomunati da sentimenti particolari di nazionalità politica. Uno Stato, insomma, costruito su particolarismi politico-ideologici e con un trascurabile – per alcuni, del tutto inesistente – spirito di appartenenza alla Nazione.

Da qui l'esigenza di continuità. In un quadro così frammentato, contrassegnato da una sostanziale indeterminatezza nell'organizzazione amministrativa, lo *State building* non può che essere letto storiograficamente quale mera estensione dei confini del Regno di Sardegna e, dunque, sotto l'egida di una continuità strutturale e funzionale.

¹⁴ S. Cassese, G. Melis, *Lo sviluppo dell'amministrazione italiana (1880-1920)*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1990, 862; S. Cassese, *I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell'amministrazione pubblica italiana*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 449 e ss.; S. Cassese, *Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane*, Roma, 1998; S. Cassese, «*Fare l'Italia per costruirla poi*». *Le continuità dello Stato*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2011, Fasc. 2, 305 ss.

¹⁵ Sul punto, si veda R. Romeo, *Dal Piemonte sabaudo all'Italia liberale*, Bari, 1974.

Il glorioso mito della costruzione di uno Stato liberale si configura come un fenomeno quasi bagatellare in ottica politica, non promanando da esso radicali mutamenti giuridici, men che meno istituzionali.

«L'ordinamento amministrativo del nuovo Stato uscito dal nostro risorgimento nazionale [...] non rappresenta quel rinnovamento radicale e profondo delle istituzioni politiche e giuridiche, auspicato dagli spiriti più illuminati e progressivi, e che pure era stato nei disegni del Cavour e di alcuni fra i nostri maggiori uomini politici. Il peso della plurisecolare tradizione dell'assolutismo monarchico burocratico determinò la conservazione di istituti e principi giuridici che costituivano strutture fondamentali dell'ordinamento dello Stato di polizia», osserva l'Astuti¹⁶.

V'è da considerare, inoltre, come lo stesso Cavour fosse ispirato da ideali profondamente continuisti: «Tutte le questioni relative al futuro ordinamento interno non [hanno] alcuna reale importanza immediata a confronto della suprema ed urgente necessita di fare l'Italia per costituirla poi»¹⁷.

Ecco che, quindi, era del tutto inesistente un ordinamento giuridico liberale, quantomeno nella sua realtà ontica¹⁸: lo Stato italiano altro non era che il mero ampliamento geopolitico del piccolo Regno di Sardegna.

Ed invero, ancorché il processo rivoluzionario avesse portato alla nascita di un'individualità statale – osserva Vittorio Emanuele Orlando – lo Stato ancora non serbava le peculiarità endemiche alle istituzioni nazionali, men che meno dignità internazionale.¹⁹

Al riguardo, si distinguono due conferenti posizioni in dottrina: una che si pone sul solco della tradizione, l'altra che, di contro, individua forti elementi di novazione. Gioverebbe citare a tal uopo gli studi di Dionisio Anzilotti e di Santi Romano, che in questa sede non è conveniente vagliare²⁰.

V'è da considerare, poi, come Cavour, sia pur nella sua genialità diplomatica, politica, economica, «trascurò la grave questione dell'organizzazione amministrativa, contentandosi di poche buone idee»²¹.

Il modello del Regno d'Italia, dunque, siccome rilevato con grande nitore argomentativo dalla dottrina giuspubblicistica e da gran parte della storiografia,

¹⁶ G. Astuti, *L'unificazione amministrativa del Regno d'Italia*, Napoli, 1966, 112.

¹⁷ C.B. Cavour, *A Giacinto Carini a Palermo*, 2235, in *Carteggi di Cavour*, Vol. XI, 1949, 144.

¹⁸ Su punto, si veda P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000. Ispirandosi alla Scuola Storica, anche Vittorio Emanuele Orlando ispira la sua concezione del diritto su una dimensione ontica, ovvero sia interrelata alle radici di una società, divenendo pertanto espressione della sua natura più riposta, «non una realtà astratta, ma concretissima».

¹⁹ V. E. Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, II, Firenze, 1894, 37 ss.

²⁰ Per un ampio quadro ricostruttivo sul pensiero dei due studiosi, si vedano: D. Anzilotti, *La formazione del Regno d'Italia nei riguardi del diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1912, 1 ss.; S. Romano, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 1912, 360 ss.

²¹ E. Treitschke, *Cavour*, Firenze, 1925, 252 ss.

ha scaturigine da un'esigenza di continuità, giacché il *nation building*, pur essendo stato orchestrato con grande ingegno e sagacia dagli uomini del Risorgimento, non pare che abbia molto funzionato, in ragione di un collettivo senso di identità nazionale ancora fioco e stentato²².

4. *Il continuum nel diritto pubblico*

Ben si comprende come l'idea del *continuum* esuli da un campo limitatamente giuridico, potendo la medesima entrare in relazione con plurimi ambiti tematici, dalla filosofia alla storia, dalla politica alla sociologia, e ciò in quanto invoca nozioni irrinunciabili della vita dell'uomo, come il tempo e lo spazio, che non costituiscono la causa, ma la condizione estrinseca dell'esistenza stessa del diritto.

Lo spazio e il tempo «non sono che le condizioni dell'estrinseca esistenza dell'Ideo e dello spirito, e non la causa e il principio [...]. Imperocché l'essenza del Diritto è il Giusto; la causa, la giustizia perpetua del mondo; il principio, l'Idea del Giusto medesimo; ma questa non rimane al grado di pura idealità [...], si attua nello spazio e nel tempo»²³.

Temi come questi non possono che suscitare innumerevoli suggestioni trasversali agli ambiti più disparati, ma qui, per ragioni di coerenza e di organicità argomentativa, lo spazio impone di circoscrivere l'indagine al concetto di continuità in ambito giuridico, con particolare riferimento alle ricadute che esso assume in punto di organizzazione statale.

Il primo studio italiano in materia di continuità amministrativa è di certo quello del Marrama²⁴, nell'ambito del quale detto principio risulta necessariamente da accludere alla titolarità nonché all'agire amministrativo degli organi pubblici. Siccome rilevato nella ricostruzione del compianto studioso, la continuità rispetto all'organo può scandirsi attraverso due declinazioni ben differenti, potendo riferirsi tanto alla copertura continuativa nella titolarità del potere amministrativo quanto alla *permanenza* dell'organo in quanto tale, inteso quale soggetto statico ed immutabile a prescindere dal variare del suo titolare. Ecco che, dunque, il paradigma della continuità assume una caratterizzazione bivalente, dovendosi conformare tanto ad un'esigenza di natura formale – *id est* la necessità di ininterrotta titolarità del potere amministrativo –, quanto ad un'esigenza

²² F. Brevini *La letteratura degli italiani. Perché molti la celebrano e pochi la amano*, Milano, 2010, 38.

²³ F. Peperè, *Enciclopedia e metodologia del diritto*, Napoli, 1878, 100.

²⁴ R. Marrama, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della c.d. prorogatio dei poteri)*, Napoli, 1969.

di tipo sostanziale, palesata dal Legislatore attraverso la sua attività nomopoietica protesa a garantire una certa stabilità degli organi.

Per di più, v'è da attribuire al Marrama il merito di avere per primo affermato l'esistenza del principio di continuità con riferimento alla *prorogatio* ed alla supplenza, manifestando altresì la sua naturale propensione ad evitare che la funzione pubblica possa subire "forzate stasi" che si frappongano alla funzionalizzazione dell'azione all'interesse pubblico²⁵.

La dottrina, tuttavia, non è unanime nell'ascrivere il fondamento del principio di continuità alla teoria dell'organizzazione: a titolo meramente esemplificativo, sia pur parziale, Leone, che definisce la continuità come «azione non sporadica, non frammentata, ma un costante fluire della funzione diretta al raggiungimento dei suoi obiettivi»²⁶, rileva i rudimenti dell'assioma anche in istituti tipici dell'azione amministrativa procedimentalizzata, nonché nell'attività di autotutela.

Un approccio di tal fatta, tuttavia, potrebbe risultare fin troppo esteso e rischierebbe di risultare antitetico in termini di coerenza con l'assunto per cui la continuità sottaccia l'imperativa assenza di interruzione della funzione ordinaria, che è già di per sé proposizione censurabile²⁷. E difatti, la regolamentazione in materia di contratti pubblici, la disciplina degli istituti di semplificazione, il silenzio inadempimento, non sembrano connessi da un'idea ancestrale di continuità amministrativa. Il collante, in ipotesi siffatte, sembra perlopiù da rinvenire nel c.d. principio di tempestività dell'azione amministrativa.

La linea di demarcazione tra la continuità e la tempestività dell'agire amministrativo non è da ritenersi labile o evanescente, come considerato da una branca della dottrina, soltanto sulla scorta di un'interpretazione formale dell'articolo 1 della legge sul procedimento, che si rifà ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. E tuttavia, non si può svilire l'autonomia concettuale del principio, riducendolo a mero corollario del principio di buon andamento, e ciò in quanto l'evoluzione dell'ordinamento amministrativo ha mostrato come la regola della tempestività abbia acquisito un'autonomia dignità esegetica, tanto da poter essere considerata 'autosufficiente' sul piano dei principi fondamentali, essendovi anche una compiuta e sistematica disciplina degli effetti sanzionatori nel caso di una sua eventuale violazione²⁸.

Si pensi alla responsabilità gravante sulle amministrazioni pubbliche per i danni cagionati al cittadino in ragione della violazione del termine di conclusione

²⁵ R. Marrama, *op. cit.*, 13-14.

²⁶ C. Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, insesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, 5.

²⁷ N. Paolantonio, *Note sul c.d. principio di continuità in diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, II, 2011, 443.

²⁸ D. Vaiano, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 477.

del procedimento, in conformità alla lettera dell'art. 2-*bis* della legge 241/1990, il cui comma primo statuisce che «Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Ed invero, al di fuori delle ipotesi di silenzio significativo, la norma prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo, non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo²⁹.

L'introduzione della norma testé citata rappresenta un importante tassello nel processo evolutivo del diritto pubblico ed amministrativo, e ciò in quanto essa opera la formalizzazione della tempestività dell'azione amministrativa, sino ad allora relegata ai margini di una mera esigenza, peraltro di matrice pretoria.

Ebbene, le superiori valutazioni prodromiche – sia pur schematiche – sulla tempestività paiono del tutto nodali al fine di cogliere la *ratio* del principio di continuità, ma specialmente il suo *humus* fenomenologico.

5. *Continuum quale prodromo della democrazia parlamentare e sue possibili declinazioni*

Appare evidente come la continuità *latu sensu* assuma un rilievo cruciale a livello sistemico, e ciò in quanto dispiega i suoi effetti non soltanto in ambito normativo, ma per di più in ambito istituzionale e costituzionale. Le plurime declinazioni del principio finiscono per convergere in una monade assiologica, che colima con un'indefettibile esigenza, quella di garantire il perdurare della forma e della funzione di governo nonché dell'equilibrio stesso della democrazia³⁰.

La continuità si configura, pertanto, quale preconditione della stessa democrazia, in ragion del fatto che essa presidia e tutela – *rectius*, dà abbrivio – all'esercizio del potere amministrativo, di per sé inesauribile.

Orbene, la nozione di inesauribilità è interrelata alla funzione cui è preordinata l'amministrazione, ovvero sia il perseguimento di interessi pubblici concre-

²⁹ Sul punto, copiosa è la produzione giurisprudenziale: *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2019 n. 3362, in *Cons. Stato*, 2019; Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2014, n. 2638, in *Cons. Stato*, 2014; Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406, in *Cons. Stato*, 2013; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Cons. Stato*, 2011; Cons. Giust. Amm. per la Regione Siciliana, 4 novembre 2010, n. 1368, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

³⁰ O. Pini, *op. cit.*, 29.

ti e attuali³¹. Riconoscendo in capo alle amministrazioni pubbliche la funzione precipua di curare gli interessi della collettività, anche al costo di affievolire quelli individuali del singolo, non può che persistere l'idea monolitica di un potere che non possa esaurirsi od essere sacrificato³².

Un potere che non si dissipa, un potere naturalmente funzionalizzato alla protezione degli interessi meritori della collettività, non può che essere continuo, regolare e durevole, essendo refrattario alle «forzate stasi»³³ che finirebbero per depauperare l'organizzazione amministrativa e, di certo, l'intera impalcatura democratica.

L'indefettibilità dell'assioma della continuità quale ganghero per la stabilità del sistema di governo, del resto, si sostanzia, da un lato, nella sua propensione ad essere declinato in istituti di diritto positivo che di tale esigenza sono espressione, dall'altro, nella crucialità che esso ricopre nel sistema ordinamentale globalmente considerato, essendo lo stesso strumentale alla salvaguardia dei pilastri su cui si erge la democrazia parlamentare.

Alla luce di tali premesse, non ci si può esimere dal procedere, in chiave deduttiva, con la scomposizione dell'idea assiologicamente intaccabile della continuità, seguendo come strada maestra la tradizionale frammentazione del potere all'interno dei circuiti costitutivi delle pubbliche funzioni.

5.1. *Principio di continuità e funzionamento degli organi costituzionali*

Il principio di continuità si scandisce, nell'ambito del diritto costituzionale, attraverso la previsione di taluni strumenti, perlopiù previsti direttamente dal Costituente nella Carta, finalizzati ad assicurare la stabilità nel funzionamento degli organi costituzionali o di rilievo costituzionale.

Essendo la continuità un presidio di democrazia, essa non può che investire anche il regolamento della macchina costituzionale, attraverso un capillare sistema posto a garanzia della stabilità e dell'armonia dei soggetti costituzionalmente rilevanti.

L'analisi di tale profilo passa attraverso molte scelte che il Legislatore ha operato nei tanti anni della storia repubblicana. Tuttavia, per ragioni di schematicità argomentativa, si procederà con l'analisi di due norme costituzionali, la cui formalizzazione, in particolare, è espressione della continuità, intesa come principio non scritto, ma dotato di elevata valenza assiologica.

³¹ Sul punto, cfr. G. Urbano, *Contributo sull'effettività del giudicato amministrativo*, Torino, 2020, 94 ss.

³² G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 300 ss.

³³ R. Marrama, *op. cit.*, 10.

Si rimanda, nello specifico: all'art. 61, comma 2, Cost.³⁴, in ordine alla *prorogatio* delle Assemblee Legislative; e all'art. 86 Cost.³⁵, che prevede la proroga dei poteri del Capo dello Stato.

L'istituto che assicura la continuità funzionale delle Camere è individuabile nella *prorogatio*, ovvero sia nella proroga dei titolari delle Assemblee legislative sino all'insediamento dei successori. Il predetto istituto, difatti, garantisce l'attuazione del principio di continuità in entrambe le ipotesi di cessazione dei due rami del Parlamento: la scadenza naturale del termine quinquennale e lo scioglimento anticipato³⁶.

Benché l'articolo 64 della Carta Costituzionale si ponga apoditticamente a presidio di un'esigenza di continuità organizzativa e funzionale della Camera e del Senato, esso non può assurgere a solenne formalizzazione del principio di continuità.

Sembrerebbe che la ricostruzione della fattispecie in questione sia da associare a regole che, pur se non scritte, sono dotate di piena dignità costituzionale. Si tratterebbe delle cosiddette *regole di correttezza costituzionale*.

Nella correttezza costituzionale rientra «una morale in senso largo dei partiti»³⁷, ossia una morale politica, «misura media di equità, di buona fede, di diligenza e valore nella vita pubblica»³⁸.

La correttezza costituzionale, *latu sensu*, ingloba anche le convenzioni costituzionali³⁹, e si presenta come un complesso organico di regole teleologicamente orientate ad assolvere a svariate e diversificate funzioni. Le regole di correttezza – osserva Santi Romano – sono misura di equità, di buona fede, di buon uso dei poteri discrezionali, di educazione politica per i singoli, di mutua deferenza fra i pubblici poteri. Ma questo non è diritto *tout court*⁴⁰.

Ecco che quindi, il principio di continuità, anche in relazione al funzionamento degli organi costituzionali o costituzionalmente rilevante, pur essendo un *fil rouge* primario ed irrinunciabile, non risulta dotato di piena dignità formale.

La dottrina si è pronunciata copiosamente sull'estensione dei poteri delle Camere in regime di *prorogatio*.

³⁴ Recita il comma 2 dell'art. 61 Cost.: «Finché non siano riunite le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti».

³⁵ Recita la succitata norma: «Se le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, la elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove. Nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica».

³⁶ F.S. Marini, *Il principio di continuità degli organi costituzionali*, Milano, 1997, 91 ss.

³⁷ S. Romano, *Diritto e correttezza*, Milano, 1909, 495.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Sul punto, si veda V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, 195.

⁴⁰ In tal senso, S. Romano, *op. cit.*, 498.

Un indirizzo minoritario sostiene che, in seguito allo scioglimento, le attribuzioni del Parlamento rimarrebbero sostanzialmente inalterate (teoria della c.d. pienezza dei poteri)⁴¹.

Invero, un'interpretazione letterale dell'articolo 61, comma 2, della Carta non fissa una linea di demarcazione tra le attribuzioni delle Camere prima e dopo lo scioglimento delle medesime. Ecco che, dunque, la *prorogatio*, rappresenterebbe un mero prolungamento delle funzioni, intese nella loro interezza.

Il Marrama, sul punto, asserisce che «La pretesa e generale limitazione giuridica dei poteri delle Camere in prorogatio è destinata a cadere di fronte alla chiarezza ed univocità dell'art. 61, 2° comma Cost, il quale non fa cenno ad alcuna riduzione di competenze»⁴².

Ulteriore osservazione discende dal già riferito articolo 85 della Costituzione, che cristallizza il divieto per le Camere, sciolte o cui manchino meno di tre mesi alla loro cessazione, di eleggere il nuovo Presidente della Repubblica. In tal caso, la tesi si fonda sul principio *inclusio unius exclusio alterius*: non essendo espressamente prevista dal Costituente una sostanziale limitazione dei poteri afferenti alle Assemblee Legislative in regime di *prorogatio*, allora sarebbe del tutto illegittima una *deminutio potestatis*.

Contrariamente, la branca maggioritaria della letteratura giuspubblicistica nonché gli arresti della giurisprudenza costituzionale hanno in più sedi confutato la tesi della pienezza dei poteri degli organi costituzionali in scadenza, e ciò in quanto la *prorogatio* postulerebbe, di per sé, una cessazione dalla carica dei titolari dell'organo. La scadenza del mandato – naturale o anticipata – segnerebbe simbolicamente il momento di cessazione del rapporto tra rappresentante e rappresentato.

Anche la Corte Costituzionale, in recentissime pronunce⁴³, ha fatto richiamo ad un principio ormai pacifico incardinato in una storica pronuncia della stessa Consulta (Sentenza n. 208/1992), alla stregua del quale «l'istituto della prorogatio riguarda, in termini generali, fattispecie in cui coloro che sono nominati a tempo a coprire uffici rimangono in carica, ancorché scaduti, fino all'insediamento dei successori».

Si badi, l'organo cessato è comunque legittimato ad agire, e ciò alla luce dello stesso dettame costituzionale, ma la perdita – o decremento – della rappresentatività non può che costituire la preconditione della *deminutio potestatis*.

⁴¹ *Ex plurimis*, G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1965, 234; L. Bianchi D'Espinosa, *Il Parlamento*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, II, Firenze, 1950, 26 ss.

⁴² R. Marrama, *op. cit.*, 748.

⁴³ Corte Cost., 24 marzo 2022, n. 76, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 15 luglio 2015, n. 158, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 15 maggio 2015, n. 81, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 25 marzo 2015, n. 44, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 26 febbraio 2010, n. 68, in www.cortecostituzionale.it; Corte Cost., 14 ottobre 2005, n. 386, in www.cortecostituzionale.it.

I parlamentari in regime di *prorogatio* dei poteri rappresentano dei «legittimati di secondo grado»⁴⁴, e dunque sono legittimati a compiere solo atti di ordinaria amministrazione, categoria in cui confluirebbero, secondo la ricostruzione di parte della dottrina, le sole attività caratterizzate da discrezionalità tecnica ed accessoria⁴⁵.

Ricco il dibattito dottrinale, giacché fumosa ed effimera risulta la definizione di *ordinaria amministrazione*: eppure vi è un *trait d'union*, ossia quello di ritenere che le deliberazioni adottate dalle Camere nel periodo di *prorogatio* debbano essere caratterizzate dalla prevalenza di fini squisitamente conservativi o di tutela, non potendosi pertanto adottare atti programmatici che presuppongano l'esercizio di un effettivo e pieno potere politico e rappresentativo⁴⁶.

Ulteriore norma costituzionale dotata di respiro continuista è certamente l'articolo 86, che fissa il principio di continuità in riferimento all'esercizio delle funzioni del Capo dello Stato.

Il Costituente ha previsto due ipotesi essenziali: la morte e l'impedimento del titolare ad esercitare le proprie funzioni. Tuttavia, siccome è agevole dedurre dal secondo comma dell'articolo 86 della Carta, il legislatore ha scandito due ipotesi di impedimento: l'impedimento temporaneo e quello permanente.

Eppure, la differenziazione tra temporaneità e permanenza dell'impedimento non corrisponde ad una differente previsione normativa, poiché il Legislatore costituzionale ha previsto l'applicazione del medesimo istituto in relazione ad ambedue le ipotesi, vale a dire la supplenza⁴⁷.

Non deve tuttavia ritenersi, peraltro del tutto erroneamente, che sussista un appiattimento previsionale sotto il profilo delle conseguenze giuridiche, e ciò in quanto sussiste una differenza tra le due ipotesi di impedimento previste dalla Carta. Effettivamente, se l'impedimento permanente comporta la Convocazione delle Camere riunite entro il termine di quindici giorni al fine di eleggere il nuovo Presidente della Repubblica, ciò non avviene se si accerti che la durata dell'impedimento assuma una connotazione momentanea.

Il Presidente del Senato, in ipotesi di tal fatta, esercita temporaneamente le funzioni di Capo dello Stato, secondo quanto statuito dall'articolo 86. La norma, tuttavia, non richiama all'istituto della surrogazione o della supplenza di organi,

⁴⁴ F.S. Marini, *op. cit.*, 100.

⁴⁵ Per una ricostruzione compiuta e organica delle differenti posizioni in dottrina, si veda L. Elia, *Amministrazione ordinaria degli organi costituzionali*, in *Enciclopedia del diritto*, II, Milano, 1958, 119 ss.

⁴⁶ G. D'Orazio, *Considerazioni critiche sulla prorogatio nell'organizzazione costituzionale italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 30, 1980, n. 3, 837.

⁴⁷ Infatti, l'articolo 86, comma 1, Cost., recita: «Le funzioni del Presidente della Repubblica, in ogni caso che egli non possa adempierle, sono esercitate dal Presidente del Senato».

piuttosto rinvia alla supplenza di persone, dacché il Presidente del Senato, temporaneamente, rimane sospeso dalle funzioni parlamentari⁴⁸.

Ebbene, dalla sinottica analisi di queste due norme, emerge una inscindibile comunanza tra il principio di continuità degli organi costituzionali e la conservazione della forma di governo, previsione indubbia di qualsivoglia Costituzione sostanziale o materiale.

Si pensi che già nelle grandi monarchie medioevali, connotate da una marcata tendenza alla personificazione – *rectius*, divinizzazione – del Sovrano, nonché dall'assenza di alcun tipo di Costituzione formale, venivano egualmente salvaguardate le esigenze di continuità, attraverso la “bifidazione” concettuale tra il monarca (persona fisica) e la sua dignità ieratica (la Corona)⁴⁹.

In conclusione, sebbene si configuri forse in chiave di regola di correttezza costituzionale, non può revocarsi in dubbio come la continuità non è una sovrabbondante superfetazione, ma rappresenta l'origine e il fondamento del sistema di governo e del modello costituzionale e repubblicano.

6. *Brevi cenni su continuità e prorogatio nell'organizzazione amministrativa*

Come visto, la *prorogatio*, e dunque l'esigenza di continuità, risulta essere un istituto inamovibile nel diritto costituzionale, quasi come fosse una precondizione immanente all'esercizio del potere pubblico.

È proprio questa nobilitazione della continuità in campo costituzionale ad aver destato particolare interesse negli interpreti in ordine alla fenomenologia del principio nel terreno fertile del diritto amministrativo.

In particolare, tale interesse si confà all'esigenza di conferire stabilità alle strutture amministrative, al fine di estendere all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni le garanzie di permanenza e stabilità.

Il teorema dell'invariabilità e della continuità dei poteri amministrativi ha condotto all'elevazione dell'istituto della *prorogatio* a principio nodale di costante applicazione, pur permanendo, tuttavia, specifiche ipotesi in relazione alle quali la configurabilità dell'istituto in questione sarebbe esclusa: ci si riferisce ai casi in cui la norma positiva disponga espressamente in senso inverso; a tutti i casi in cui la continuità dell'agire delle amministrazioni pubbliche possa essere assicurata diversamente; allorquando la cessazione dell'attività non rechi alcun nocumen-

⁴⁸ In riferimento a tale assunto, l'articolo 9, n. 2, del Regolamento del Senato della Repubblica stabilisce che: «Il Presidente del Senato designa il Vice Presidente incaricato di esercitare le sue funzioni in caso di temporaneo impedimento».

⁴⁹ F.S. Marini, *op. cit.*, 4.

to al buon andamento della macchina amministrativa; ed infine, allorché la cessazione dall'ufficio non sia determinata dall'applicazione di misure sanzionatorie⁵⁰.

Già prima dell'avvento dell'ordinamento costituzionale, in verità, il Legislatore si era premurato di garantire una certa continuità nell'esercizio del potere pubblico e nell'esercizio dell'azione amministrativa, attraverso una scelta specifica concernente gli enti locali.

Ed invero, la Legge Comunale e Provinciale del 1865, all'articolo 205, disponeva che: «Coloro che ai termini della presente legge sono nominati a tempo, rimangono in ufficio sino all'installazione dei nuovi successori».

Ecco, dunque, la plastica esigenza di continuità che si manifesta attraverso una disposizione monolitica perfino antecedente alla nascita della democrazia costituzionale. Peraltro, la norma è successivamente confluita nel Testo Unico delle leggi comunali e provinciali del 1915 e in quello successivo del 1934, sino all'articolo 31 della Legge n. 8 giugno 1990, n. 142, a dimostrazione del rilievo cruciale attribuito al principio di continuità nell'organizzazione amministrativa⁵¹.

Non si può, dunque, prescindere dal considerare il principio di continuità irrinunciabile anche in ambito amministrativistico, giacché esso si colloca quale condizione della buona amministrazione, fungendo, inoltre, da contrappeso alla necessaria discontinuità nell'avvicendamento degli organi, e ciò al fine di evitare una grave compromissione delle finalità e delle attività istituzionali proprie degli organi amministrativi.

E tuttavia, sebbene sia limpidamente dimostrabile la garanzia di continuità anche nel funzionamento della macchina amministrativa, ci si chiede se la pronuncia della Consulta del 1992⁵², che di fatto ha ispirato la successiva Legge 15 luglio 1994, n. 44, abbia di fatto scalfito o abbia avvolto in un cono d'ombra il detto principio.

La pronuncia assume un rilievo cruciale, e ciò in quanto essa esclude in via definitiva la generale applicabilità in capo agli organi amministrativi dell'istituto della *prorogatio*, o meglio, della *prorogatio sine die*.

Parte della dottrina⁵³ osserva come il percorso ermeneutico segnato dalla giurisprudenza costituzionale nonché le disposizioni contenute nella legge del '94 escluderebbero la possibile immanenza di un principio di continuità in relazione all'organizzazione amministrativa.

Sulla scia di questa linea interpretativa, si ritiene che il principio sancito dalla Consulta e codificato dalla legge successiva è quello della necessaria tempora-

⁵⁰ A. A. Romano, *Ordinaria amministrazione e continuità funzionale degli organi*, Torino, 1988, 80.

⁵¹ Per un'analisi compiuta sul punto, cfr. O. Pini, *op. cit.*, 81.

⁵² Ci si riferisce alla Sentenza del 4 maggio 1992, n. 208.

⁵³ *Ex multis*, N. Paolantonio, *op. cit.*, 332.

neità della titolarità degli organi, e quindi della indispensabile discontinuità nel sistema dell'investitura.

Contrariamente a quanto prospettato dalla predetta corrente dottrinale, la pronuncia del Giudice delle Leggi risponde ad un'esigenza di contrasto all'abuso disfunzionale della *prorogatio*, non volendo in alcun modo inficiare i fondamenti del principio di continuità o, men che meno, il suo campo di applicazione.

V'è da considerare, inoltre, come il Legislatore del '94 abbia provveduto a cristallizzare in modo tetragono i limiti temporali della *prorogatio*, provvedendo ad introdurre misure di responsabilizzazione, nonché elaborando un chiaro sistema sanzionatorio da applicare nel caso di inerzia dei soggetti cui è demandata la sostituzione, prevedendo in aggiunta la nullità degli atti adottati dai titolari scaduti oltre il termine massimo di ultrattività⁵⁴.

Non ci si può esimere dal considerare, poi, come l'istituto della *prorogatio*, concepito dal Legislatore come rimedio a garanzia della continuità amministrativa, la cui regolamentazione dapprima risultava lacunosa e imperfetta, sia divenuto sinonimo di inefficienza e di illiceità, ma soltanto in ragione di un suo utilizzo distorto.

Purtuttavia, l'intervento del Giudice delle Leggi, che ha di fatto espunto l'istituto della *prorogatio sine die*, non può essere letto come l'epilogo del principio di continuità nel diritto amministrativo.

La necessaria discontinuità del potere pubblico non contrasta con l'esigenza di continuità. Sarebbe opportuno riferirsi ad una "continuità nella discontinuità", trattandosi di due principi complementari e nel contempo contrapposti, non avvinti da un legame *ad excludendum*, ma che entrano in relazione e si nutrono l'uno dell'altro.

Essendo l'agire amministrativo teleologicamente indirizzato al soddisfacimento degli interessi della collettività, alla luce del principio generale di funzionalizzazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, esso non può che essere da un lato discontinuo, e ciò al fine di eludere qualsivoglia rischio di personificazione del potere; dall'altro, continuo, giacché la macchina amministrativa è alimentata dagli interessi della collettività, ai quali si deve apprestare una tutela certa, stabile e inamovibile.

⁵⁴ L'articolo 3 della Legge 15 luglio 1994, n. 444 (c.d. *L. Prorogatio*) recita: «Gli organi amministrativi non ricostituiti nel termine di cui all'articolo sono prorogati per non più di quarantacinque giorni, decorrenti dal giorno della scadenza del termine medesimo. Nel periodo in cui sono prorogati, gli organi scaduti possono adottare esclusivamente gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti urgenti e indifferibili con indicazione specifica dei motivi di urgenza e indifferibilità. Gli atti non rientranti fra quelli indicati nel comma 2, adottati nel periodo di proroga, sono nulli»; poi, l'articolo 6 della stessa legge dispone che: «Decorso il termine massimo di proroga senza che si sia provveduto alla loro ricostituzione, gli organi amministrativi decadono. Tutti gli atti adottati dagli organi decaduti sono nulli. I titolari della competenza alla ricostituzione e nei casi di cui all'articolo 4, comma 2, i presidenti degli organi collegiali sono responsabili dei danni conseguenti alla decadenza determinata dalla loro condotta, fatta in ogni caso salva la responsabilità penale individuale nella condotta omissiva».

La continuità: esigenza sociale e paradigma di democrazia

Il contributo prende le mosse dal dibattito filosofico che, sin dall'antichità, ha riguardato il rapporto tra mutevolezza e stabilità. Difatti, la continuità non può che configurarsi quale esigenza endemica dell'individuo e della sua storia. Dopo un'introduzione sulla nozione di *continuum* nella storia, nella scienza, nella speculazione filosofica, si procede con l'analisi del principio in ambito giuridico. La continuità si configura quale preconditione dell'esercizio del potere pubblico e si esplica attraverso taluni istituti che si pongono a presidio dell'intera impalcatura democratica dello Stato. Si propongono, infine, alcune brevi riflessioni sulle declinazioni del principio di continuità nell'ambito del funzionamento degli organi costituzionali nonché in riferimento all'organizzazione amministrativa.

Continuity: a social need and paradigm of democracy

The essay investigates the principle of continuity starting from the philosophical debate which, since ancient times, has concerned the relationship between mutability and stability. Indeed, continuity must be interpreted as an endemic need for the individual and his/her history.

After an introductory part on the definition of *continuum* in history, science and philosophical speculation, the essay goes on with the analysis of the principle in the legal sphere. Continuity is a precondition for the exercise of public authority and is expressed through some legal arrangements which stand as a safeguard for the entire democratic framework of the State.

The essay concludes by suggesting some brief reflections on the applications of the principle of continuity in the field of the functioning of Constitutional Institutions as well as with reference to the administrative organization.

Articoli e saggi

I *Third Party Providers* e l'accesso ai conti bancari nella disciplina giuridica dei servizi di pagamento: problemi e prospettive

Roberta lo Conte

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I servizi sottoposti a riserva introdotti dalla Direttiva UE/2015/2366. – 3. La disciplina giuridica europea e nazionale dei *Third Party Payment Providers*. – 4. I *Card based payment instrument issuers*. – 5. Le modalità di accesso ai conti e il Regolamento delegato (UE) 2018/389. – 6. La disciplina del consenso per l'esecuzione delle operazioni di pagamento. – 7. Le novità in materia di responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento. – 8. Il ruolo delle banche nel nuovo mercato dei pagamenti. – 9. Gli ostacoli all'attività dei *Third Party Providers* e i chiarimenti dell'EBA. – 10. I lavori di revisione della PSD2. – 11. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

L'attuale disciplina giuridica dei servizi di pagamento pone numerose questioni che riguardano la tutela degli utenti di tali servizi e il regime di responsabilità degli intermediari che svolgono le attività di prestazione dei servizi di pagamento, in un delicato bilanciamento tra perseguimento degli interessi pubblici e autonomia degli operatori del mercato di riferimento. Partendo dalle innovazioni introdotte dalla direttiva 2015/2366/UE (c.d. *Payment service directive 2 - PSD2*), attuata in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218¹, il presente contributo intende esaminare in particolare la disciplina relativa ai *Third Party Providers* (TPPs), i nuovi intermediari prestatori del servizio di disposizione di ordini di pagamento (*Payment initiation service - PIS*) e di informazione sui conti (*Account information service - AIS*). La Direttiva si inserisce in un programma di

¹ Direttiva 2015/2366 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

armonizzazione delle regole di funzionamento del mercato dei pagamenti al dettaglio, avviato già con la Direttiva 2007/64/CE (c.d. PSD) recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11².

Lo sviluppo della tecnologia e la diffusione di pagamenti via *Internet* e tramite dispositivi *mobile* hanno infatti determinato la necessità di un nuovo intervento legislativo comunitario in materia di servizi di pagamento³. La nuova Direttiva ha l'obiettivo di promuovere i pagamenti digitali regolando uniformemente i nuovi tipi di servizi di pagamento offerti da soggetti già operanti sul mercato, non regolati dal primo atto comunitario. Essa mira a soddisfare le esigenze di tutela degli utenti di servizi di pagamento garantendo trasparenza, sicurezza, protezione dei dati personali e responsabilità⁴. L'Italia ha attuato la Direttiva con il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218⁵, intervenendo con importanti modifiche e integrazioni alle disposizioni contenute sia nel d.lgs. n. 11/2010 sia nel Testo unico bancario (TUB)⁶.

Le novità più importanti sono quelle relative ai servizi di informazione sui conti di pagamento *online* (*Account Information Services – AIS*), ai servizi di conferma disponibilità fondi previsti nel caso di pagamenti effettuati con carte di debito emesse da un operatore diverso rispetto a quello presso il quale si detiene il conto (cioè il CISP), e quelle legate ai servizi di disposizione di ordini di pagamento *online* (*Payment Initiation Services – PIS*) che consentono di avviare un pagamento *online* tramite un prestatore di servizi di pagamento diverso da quello presso il quale si detiene il conto: questi servizi, diffusi nella prassi del settore del commercio elettronico già prima dell'adozione della seconda Direttiva, trovano oggi in questa normativa espressa disciplina e definizione⁷. Si tratta di attività che vengono erogate attraverso la modalità dell'*Open Banking*, con lo scambio, tramite le API software, di dati tra i vari soggetti in modo libero e veloce⁸.

² Direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

³ L.G. Chiusolo, M. Doria, M.I. Vangelisti, *L'assetto istituzionale del sistema dei pagamenti in Italia*, in Aa.Vv., *Economia dei sistemi di pagamento*, Bologna, 2005, 83 ss.

⁴ Considerando 3 e 7 Direttiva 2015/2366/UE.D. Girompini, *PSD2 e Open Banking. Nuovi modelli di business e ruolo delle banche*, in *Bancaria*, 2018, 1, 70.

⁵ Pubblicato in G.U. 13 gennaio 2018, n. 10.

⁶ In particolare, è stato necessario modificare il Capo II-*bis* del titolo VI del Testo Unico bancario e il provvedimento di Banca d'Italia "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" di luglio 2009, in particolare la sezione VI "Servizi di pagamento". Queste modifiche, attuative della PSD2, sono state apportate con il provvedimento della Banca d'Italia del 19 marzo 2019 e sono applicate a partire dal 1° gennaio 2020, unitamente alle modifiche apportate dal provvedimento di Banca d'Italia di giugno 2019, attuative della direttiva 2014/92/UE (*Payment Accounts Directive*, c.d. PAD).

⁷ L. Miotto, M. Speranzin, *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian, Sandei, Padova, 2020, 163 ss.

⁸ G. Gimigliano, G. Nava, *L'inquadramento giuridico dei Mobile payment: profili ricostruttivi e distonie regolamentari*, in *Smart cities e diritto dell'innovazione*, a cura di G. Olivieri e V. Falce, Milano, 2016, 190 ss.; L.

Con l'implementazione della seconda *Payment Services Directive*, banche, utenti e il mondo delle *fintech* sono divenuti quindi i protagonisti di un cambiamento storico nell'erogazione di servizi finanziari e bancari che avviene lungo due direttrici fondamentali: lo scambio e la trasmissione di informazioni e la diversificazione dei soggetti che si trovano ad erogare servizi al mercato.

Anche se le maggiori novità hanno riguardato i prestatori di servizi di pagamento, la portata rivoluzionaria della PSD2 non si esaurisce, tuttavia, nel mondo *payment services*. Il cambiamento introdotto dalle disposizioni in materia di API, rapporti tra banche e soggetti non bancari e misure di sicurezza poste a tutela del cliente, hanno ridisegnato profondamente il settore dei servizi bancari europei. Storicamente, i servizi di pagamento e la gestione dei conti sono stati erogati da banche e istituzioni finanziarie attraverso la struttura di una filiera completa. Dalla raccolta del denaro, all'erogazione di mutui e finanziamenti, alla gestione dei servizi di pagamento, fino al contatto con il cliente per il tramite delle filiali (o, anche, tramite *home banking*): è stata la banca tradizionale ad aver gestito tutti questi servizi.

Le recenti novità normative hanno introdotto invece, sostanziali cambiamenti nei modelli di *business* di banche, introducendo nuovi *players* di mercato che pongono in essere le loro attività facendo leva sul cambiamento tecnologico⁹. Si tratterà in questa sede dell'analisi dettagliata del funzionamento dei nuovi servizi di pagamento e si analizzeranno tutti i meccanismi posti a presidio della tutela del mercato e dei singoli utenti. Emergerà dunque che, dai rapporti tra *fintech* e banche, allo sviluppo di nuove offerte di prodotti e servizi da parte di soggetti istituzionali e nuovi operatori saranno molte le sfide da affrontare con la finalità di cogliere appieno le potenzialità della rivoluzione apportata dalla PSD2, avendo riguardo sempre agli obiettivi della tutela del cliente e del buon funzionamento del mercato di riferimento¹⁰.

2. I servizi sottoposti a riserva introdotti dalla Direttiva UE/2015/2366

La PSD2 ha introdotto la regolamentazione di due nuove categorie di attività: i servizi di disposizione di ordine di pagamento e i servizi di informazione sui conti. Si tratta di servizi di pagamento soggetti a riserva che vengono elencati

Miotto, M. Speranzin, *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian, Sandei, Padova, 2020, 180 ss.

⁹ Tale veloce evoluzione tecnologica comporta anche la necessità di un'interpretazione evolutiva delle tradizionali categorie giuridiche codicistiche, applicate ai nuovi strumenti (ad esempio, con riguardo alla natura giuridica della c.d. moneta elettronica v. D. Siclari, *Legislazione della nuova economia e disciplina codicistica: la moneta elettronica*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2005, I, 4, 466 ss.).

¹⁰ Con particolare riferimento al tema della responsabilità degli intermediari che svolgono l'attività di prestazione di servizi di pagamento v., di recente, F. Marasà, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, Milano, 2020.

ai numeri 7 e 8 dell'Allegato I della Direttiva¹¹. Come già accadeva nella PSD1, la nuova normativa non dà nel catalogo delle definizioni un'esplicazione univoca delle caratteristiche del servizio di pagamento, inteso come contratto: rinviando all'Allegato I, offre soltanto un'elencazione di attività commerciali tipiche ripartite in otto categorie che vengono classificate come servizi di pagamento¹². L'art. 4 della nuova Direttiva detta una specifica definizione per i nuovi servizi di pagamento: in particolare per «servizio di disposizione di ordine di pagamento» si intende quello in base al quale si «dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento»¹³. Questo tipo di prestazione, conosciuta anche come *Payment initiation service* (PIS), permette al prestatore di servizi di pagamento di avviare un'operazione di pagamento sulla base di un ordine che il prestatore stesso impartisce e che autorizza il proprio cliente a movimentare il proprio conto anche se detenuto presso un prestatore diverso. Si tratta dunque di un servizio informatico che offre una soluzione di pagamento elettronico alternativa e a costi inferiori rispetto a quella delle carte: permette infatti di connettere il sito web del commerciante con la piattaforma *online banking* della banca del pagatore per disporre pagamenti online tramite bonifico¹⁴.

Il secondo servizio, quello di informazione sui conti, noto anche come *Account information service* (AIS), è il «servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento»¹⁵. Questo consente al prestatore di accedere a tutti i conti di pagamento del proprio cliente anche se stabiliti presso altri prestatori, al fine di poter acquisire informazioni di pagamento e poter fornire al richiedente una panoramica della propria situazione finanziaria in qualsiasi momento¹⁶. Per entrambi i servizi, il prestatore opera su un conto di pagamento online attivato presso un altro prestatore di servizi di pagamento (c.d. presta-

¹¹ V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n. 87, Settembre 2019, 49 ss.

¹² V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, cit. 49 ss.

¹³ V. l'art. 4.15 della Direttiva PSD2.

¹⁴ S. Moneti, *Mobile payments: gli sviluppi del mercato e l'inquadramento normativo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2015, 101 ss.; E. Cervone, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 41.

¹⁵ Si veda art. 4.16 Direttiva PSD2; A. Antonucci, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 18, 2018; E. Cervone, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Riv. trim. diritto dell'economia*, 2016, 73 ss.

¹⁶ M. Catenacci, C. Fornasaro, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)*, in *Dir. Banc.*, 2018, 4, 16 ss.

tore di servizi di pagamento di radicamento del conto) che gestisce il conto del medesimo cliente¹⁷. L'art. 4.16 prevede una limitazione a svolgere questi servizi solo in relazione ai conti accessibili online. Nonostante una previsione del genere manchi in relazione alla definizione del servizio di disposizione d'ordine di pagamento, dalla disposizione contenuta nell'art. 66 comma 1 della Direttiva emerge indirettamente che anche questo servizio può essere svolto soltanto sui conti¹⁸. Dunque, dato che le prestazioni in esame vengono espletate esclusivamente in maniera telematica, ne consegue che non possono essere utilizzate per eseguire operazioni relative a conti di pagamento ad operatività tradizionale. Attraverso la previsione di un diritto in capo al pagatore di avvalersi di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento (art. 66, comma 1, PSD2) e del diritto di ricorrere a servizi che consentono l'accesso alle informazioni sui conti elencati al punto 8 dell'Allegato I (art. 67, comma 1 PSD2), il legislatore europeo ha concretizzato la sua volontà di promuovere l'utilizzo di bonifici in forma digitale¹⁹.

Si metta in evidenza che entrambi i nuovi servizi PIS e AIS non comportano la custodia e la gestione dei fondi con cui si esegue il pagamento: l'ordine di pagamento impartito da un PISP dà soltanto avvio ad un'operazione eseguita tra diversi prestatori²⁰. Il servizio di fornitura di informazioni su dati contenuti nei conti di pagamento ha un carattere del tutto accessorio rispetto alla principale attività di pagamento. Nonostante ciò, la categorizzazione di questi servizi tra quelli "di pagamento", con tutte le conseguenze che ne derivano, risponde all'interesse pubblico di monitorare lo svolgimento delle attività che ne sono oggetto; la tecnologia che le contraddistingue infatti, pone la necessità di garantire livelli alti di sicurezza informativa al fine sia di tutelare i fondi, sia di proteggere i dati relativi ai pagamenti che vengono resi conoscibili a terzi individui diversi dal titolare del conto e dal prestatore presso il quale il conto stesso è radicato²¹. Da ciò nasce la riserva di attività, strettamente collegata dunque al carattere preponderante che assume la tecnologia nella categoria dei servizi di pagamento digitalizzati che si avvalgono della moneta scritturale. Il procedimento di pagamento neces-

¹⁷ Art. 4.17 Direttiva PSD2.

¹⁸ Tale disposizione esclude il diritto del pagatore di avvalersi di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento qualora il conto di pagamento "non sia accessibile online"; A. Antonucci, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 18.

¹⁹ V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 51 ss.

²⁰ Per un approfondimento sull'aspetto procedimentale del pagamento eseguito attraverso un intermediario professionale v. A. Sciarrone Alibrandi, *Il diritto del sistema finanziario*, in Aa.Vv., *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2013, 319 ss.

²¹ In dottrina V. Di Stasio, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, 45 ss.; A. Sciarrone Alibrandi, *Il diritto del sistema finanziario*, in Aa.Vv., *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2013, 319;

sita, dal punto di vista soggettivo, della presenza attiva di più intermediari specializzati per lo svolgimento di attività diverse e funzionali all'esecuzione del pagamento²². Tuttavia, questi nuovi strumenti elettronici consentono di dare istantaneità ai procedimenti di pagamento.

D'altro canto, dato che i nuovi servizi possono in tal modo comportare un indebito accesso al conto di pagamento con pregiudizio per i fondi, la nuova disciplina è volta a potenziare i presidi di sicurezza informatica dei pagamenti elettronici ed a monitorare le frodi: è attribuita all'*European Banking Authority* (EBA)²³ la competenza di definire standard tecnici di comunicazione sicura tra i *Third Party Providers* (TPPs) e i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto, che tengano conto della incessante evoluzione tecnologica. La Direttiva poi si preoccupa di regolare il riparto del rischio dell'inadempimento del pagamento o della sua esecuzione non autorizzata con l'introduzione in capo all'utente, di un diritto al rimborso (salvo in caso di frode) da far valere nei confronti del prestatore del servizio di radicamento del conto: a causa delle difficoltà che si riscontrano nell'individuazione del soggetto responsabile fra quelli coinvolti a vario titolo nell'operazione di pagamento, è sul gestore del conto che grava il rischio della contestazione del pagamento²⁴.

La nuova disciplina vuole così assicurare un'efficienza procedimentale complessiva dei servizi di pagamento aumentando la fiducia dei consumatori verso il sempre più diffuso utilizzo dei nuovi strumenti elettronici.

3. *La disciplina giuridica europea e nazionale dei Third Party Payment Providers*

I *Third Party Payment Providers* (TPPs), termine col quale si indicano i soggetti che forniscono questa nuova tipologia di servizi, in virtù della Direttiva PSD2, al fine di svolgere la propria attività, devono ottenere l'autorizzazione amministrativa, come accade per gli istituti di pagamento. I TPPs si distinguono

²² M. Onza, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamenti online*, in *Diritto bancario*, 4/2017, 679; V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 51 ss.

²³ L'European Banking Authority (EBA) ha il ruolo di regolatore di secondo livello e di promotore del coordinamento tra le diverse Autorità nazionali.

²⁴ È salvo il suo diritto ad ottenere, a prima richiesta, lo stesso rimborso dal PISP; con riferimento agli AIS, il Considerando n. 28 della Direttiva n. 2015/2366 sottolinea che «[...] tali servizi dovrebbero essere trattati nella presente direttiva al fine di garantire ai consumatori una protezione adeguata relativamente ai dati di pagamento e contabili nonché la certezza giuridica legata allo status di prestatore di servizi di informazione sui conti»; M. Catenacci, C. Fornasaro, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)*, in *Dir. Banc.*, 4/2018, 73 ss.

in PISPs (*Payment initiation service providers*) che forniscono i servizi di ordine di pagamento e AISPs (*Account information service providers*) che forniscono informazioni sui conti²⁵. L'art. 37 della Direttiva contiene il divieto di prestare servizi di pagamento per le persone fisiche o giuridiche che non siano prestatori di servizi di pagamento²⁶ e, tra i prestatori disciplina esclusivamente gli istituti di pagamento dettando le regole da seguire per l'ottenimento dell'autorizzazione amministrativa²⁷. Sono previsti diversi requisiti per ottenere l'autorizzazione o la registrazione allo svolgimento in forma isolata del servizio di disposizione di ordine di pagamento e di quello di informazione sui conti: chi intende svolgere soltanto servizi PIS è tenuto ad avere un capitale iniziale di euro, anziché di euro 125.000 previsto per gli istituti di pagamento ed è obbligato ad attuare un'assicurazione per la responsabilità civile professionale che sia valida in tutti i territori in cui offrono i servizi in presenza del compimento di operazioni non autorizzate e/o in caso di mancata o tardiva esecuzione di operazioni di pagamento e per l'esercizio dell'azione di regresso da parte di altri soggetti prestatori di servizi di pagamento (art. 92)²⁸. L'art. 33 della Direttiva prevede che, in caso di prestazione del servizio online di informazione sui conti, le imprese, anche individuali, devono presentare una domanda di registrazione e possedere un'analogo assicurazione per la responsabilità civile professionale che copra le pretese risarcitorie collegate ai danni causati al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto o all'utente dei servizi di pagamento dall'accesso o derivanti dall'uso non autorizzato o fraudolento delle informazioni del conto di pagamento²⁹.

L'art. 5.4 della PSD2 affida all'EBA la definizione dei criteri per stabilire l'importo monetario minimo dell'assicurazione per la responsabilità civile professionale in relazione ai servizi PIS e AIS³⁰: questi sono stabiliti in base al rischio

²⁵ Alla generale categoria dei TPPs sono riconducibili anche i prestatori di servizi di pagamento che emettono strumenti di pagamento basati su carta, cd. CBPIIs (Card based payment instrument issuers), limitatamente allo svolgimento del servizio di conferma della disponibilità di fondi.

²⁶ Sono salvi i servizi espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della medesima Direttiva; art. 37, comma 1, e art. 3, lett. k), PSD2; la Direttiva 2007/64 prevedeva analogo divieto (art. 29).

²⁷ L'art. 1 della PSD2 elenca: (a) enti creditizi; b) istituti di moneta elettronica; c) uffici postali; d) istituti di pagamento; e) BCE e banche centrali nazionali; f) Stati membri e rispettive autorità regionali o locali ove non agiscono in quanto autorità pubbliche; M. Pimpinella, G. Carrafiello, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2016, 169 ss.

²⁸ V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 56 ss.

²⁹ Secondo l'art. 7 della Direttiva, gli istituti che svolgono soltanto servizi informativi non sono tenuti al possesso di un capitale iniziale né ad indicare i soggetti partecipanti al capitale; Guideline EBA/GL/2017/09, dell'11 luglio 2017, 4.2, che prevedono quale soggetto richiedente la registrazione per lo svolgimento dei soli servizi del n. 8, o la persona fisica o quella giuridica.

³⁰ Il 7 luglio 2017 l'EBA ha pubblicato il Rapporto finale (GL/2017/08) contenente "*Guidelines on the criteria on how to stipulate the minimum monetary amount of the professional indemnity insurance or other comparable guarantee under Article 5(4) of Directive (EU) 2015/2366 (PSD2)*"; per un approfondimento v. C. Marseg-

dell'impresa, allo svolgimento contestuale di altri servizi di pagamento o di altre attività e al volume delle attività stesse che, mentre per il servizio di disposizione di ordini di pagamento è ragguagliato al valore delle operazioni disposte, per il servizio di informazione dipende dal numero dei clienti che utilizzano i servizi di informazione sui conti. Per di più, questo nuovo ruolo normativo dell'EBA, non previsto nella PSD1, è fondamentale in quanto permette di uniformare in tutti i Paesi dell'Unione Europea le caratteristiche della polizza assicurativa³¹. Necessario per il rilascio dell'autorizzazione per lo svolgimento del PIS e per la registrazione per lo svolgimento dell' AIS, è il documento relativo alla politica di sicurezza che il richiedente deve fornire all'Autorità di vigilanza, contenente i rischi connessi a tutti i servizi offerti (inclusi i rischi derivanti da frode e uso illegale di dati sensibili) e la descrizione dell'organizzazione dei presidi di controllo e di sicurezza³².

Molta attenzione è prestata dalla PSD2 all'organizzazione della sicurezza informatica, sia per la tutela dell'integrità dell'attività dell'intermediario, sia per la tutela dei diritti personali e patrimoniali degli utenti, a partire dalla prima fase di valutazione dei requisiti necessari per l'ottenimento dell'autorizzazione da parte dell'intermediario e poi durante lo svolgimento dell'attività di vigilanza: ciò rappresenta una novità importante rispetto alla prima Direttiva PSD1 in quanto manifesta il progresso e la rivoluzione tecnologica che ha investito negli ultimi anni gli intermediari³³. Durante il procedimento di valutazione di questi profili l'Autorità di vigilanza designata può esercitare una vera e propria discrezionalità tecnica. L'art. 14, ai commi 1 e 2, della PSD2, prevede che l'autorizzazione rilasciata per l'esecuzione dei servizi di disposizione comporti l'iscrizione dell'istituto richiedente e dei relativi agenti, in un pubblico registro, consultabile liberamente ed accessibile online, tenuto presso lo Stato membro di origine. Lo stesso accade per tutti i provvedimenti di revoca delle autorizzazioni e delle esenzioni³⁴, nonché per le persone fisiche o giuridiche, iscritte nel medesimo registro per lo svolgi-

lia, *Responsabilità civile: furto della tessera di Bancomat e concorso di colpa tra l'utilizzatore e l'intermediario*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 3, 561 ss.

³¹ Attraverso tale polizza, gli istituti che svolgono i nuovi servizi sopperiscono alla minore dotazione patrimoniale così da provvedere alla copertura finanziaria per le eventuali ipotesi di responsabilità civile derivanti dai danni eventualmente arrecati, nell'esecuzione dei loro servizi, ai clienti, ai prestatori che forniscono e amministrano i conti di pagamento o ai terzi; M.M. Pimpinella, G. Carrafiello, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, 2016, 64 ss.; E. Zeppieri, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Dir. Bancario*, 2018, 45 ss.

³² Art. 5, comma 1, lett. j., della Direttiva PSD2.

³³ La Direttiva ha conferito all'EBA il mandato ad adottare 6 technical standards, 4 set di guidelines e un registro; v. i *Considerando* nn. 107 e 108 della PSD2; I. D'Ambrosio, *La tutela del consumatore nei pagamenti elettronici e la nuova Direttiva europea PSD2*, in *Notariato*, 2019, 6, 676 ss.;

³⁴ L'art. 14, par. 3, PSD2 letteralmente indica «la revoca [...] di esenzioni concesse a norma degli articoli 32 o 33»; v. M. Rispoli Farina, *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2015, 175 ss.; A. Sciarone Alibrandi, *Il diritto del sistema finanziario*, in *Aa.Vv., Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2013, 319 ss.

mento dei soli servizi di informazione sui conti. Di nuova istituzione è il registro elettronico detenuto dall'*European Banking Authority*, pubblicato sul sito web e consultabile liberamente, nel quale si raccolgono tutte le informazioni contenute nei vari registri nazionali. È del 13 dicembre 2017 la pubblicazione da parte dell'EBA di un Rapporto finale contenente il progetto di norme tecniche di regolamentazione che definiscono i requisiti tecnici relativi allo sviluppo, alla gestione e al mantenimento del registro elettronico centrale e all'accesso alle informazioni ivi contenute; è un documento consultabile gratuitamente online e diretto a garantire al cittadino un accesso facile e un'agevole ricerca delle informazioni³⁵.

Gli artt. 23 e 24 della Direttiva statuiscono che anche gli istituti di pagamento che svolgono il ruolo di TPPs³⁶, sono soggetti alla vigilanza informativa ed ispettiva delle Autorità nazionali competenti nonché alle disposizioni di *soft law* e ai provvedimenti amministrativi a carattere vincolante delle stesse³⁷. Le Autorità possono dunque adottare provvedimenti di revoca o sospensione dell'autorizzazione quando ricorrono alcune condizioni previste all'art. 13 della PSD2 e comminare sanzioni amministrative nei confronti degli intermediari o di coloro che controllano l'attività degli istituti di pagamento che hanno commesso infrazioni alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. I prestatori di servizi di informazioni sui conti sono sottoposti anch'essi alla vigilanza dell'Autorità competente ma al contempo sono esentati dal rispettare le disposizioni relative al capitale iniziale e al capitale di funzionamento e quelle concernenti il ricorso ad agenti attraverso cui vengono esternalizzate le attività³⁸.

Passando all'analisi della normativa nazionale dei servizi di pagamento, si ricordi, come già sopra accennato, che la PSD2 è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 218/2017, che ha aggiornato sia il Testo Unico Bancario³⁹, sia il d.lgs. n. 10/2011⁴⁰: il primo nelle parti relative agli istituti di pagamento (Titolo V-ter) ed alla trasparenza dei rapporti dei prestatori di servizi di pagamento con i clienti (Titolo VI); il secondo per la parte relativa ai profili concernenti i rapporti contrattuali tra i prestatori di servizi di pagamento e i clienti. Il legislatore italiano

³⁵ EBA/RTS/2017/10; I. D'Ambrosio, *La tutela del consumatore nei pagamenti elettronici e la nuova Direttiva europea PSD2*, in *Notariato*, 2019, 6, 676 ss.

³⁶ Compresi gli AISP registrati.

³⁷ Rispettivamente art. 23, comma 1, par. 2, lett. a) e b) 24) e art. 23, comma 1, par. 2 lett. c).

³⁸ V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 58 ss.; R. Ferrari, *L'era del FinTech: La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, 203 ss.

³⁹ Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

⁴⁰ Il medesimo decreto legislativo contiene le norme di attuazione del Regolamento (UE) n. 751/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta; M. Onza, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamenti online*, in *Diritto bancario*, 2017, 4, 679 ss.

ha avuto pochi spazi di discrezionalità in quanto si è in presenza di una Direttiva di armonizzazione massima, diretta a garantire una uniforme applicazione della normativa in tutta l'Unione Europea. È stata così ampliata la definizione normativa dei servizi di pagamento che ricomprende anche il servizio di disposizione di ordini di pagamento e quello di informazione sui conti⁴¹ riservati ora ai prestatori di servizi di pagamento⁴²: si tratta di una riserva penalmente presidiata dalla fattispecie prevista dall'art. 131-ter del T.U.B che punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da 2.066 euro a 10.329 euro chiunque presta servizi di pagamento in violazione della riserva ex art. 114-sexies senza essere autorizzato ai sensi dell'art. 114-novies. L'art. 131-ter individua l'abusivismo nell'assenza dell'autorizzazione disciplinata dall'art. 114-novies: ciò fa sì che si applichi tale fattispecie penale anche all'esercizio abusivo della prestazione di servizi di informazione sui conti⁴³.

La PSD2 qualifica il provvedimento di accesso allo svolgimento di questi servizi come una registrazione, e non come autorizzazione mentre la disciplina italiana di recepimento richiede anche per gli AISP la verifica del possesso dei requisiti tecnici che deve essere effettuata dalla Banca d'Italia attraverso una valutazione tecnico-discrezionale⁴⁴: l'Autorità è portata a verificare (attraverso un accertamento tecnico discrezionale posto in essere utilizzando parametri da essa individuati) la presenza di requisiti tecnici specifici in capo ai richiedenti e non ad effettuare esclusivamente una semplice ricognizione di elementi oggettivi necessari alla registrazione del prestatore⁴⁵. Tale operazione si svolge attraverso un esame preliminare di procedure e documenti relativi a: programmi di attività del tipo di servizi di pagamento; al piano aziendale; alla procedura di monitoraggio e gestione degli incidenti relativi alla sicurezza; alla procedura di archiviazione, monitoraggio e gestione dei dati sensibili sui pagamenti; al documento relativo alla politica di sicurezza, la copertura assicurativa o la stipula di una garanzia per la responsabilità nei confronti del prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto o dell'utente dei servizi di pagamento derivante dall'accesso non autorizzato o fraudolento alle informazioni del conto di pagamento o dall'uso non autorizzato o fraudolento delle stesse⁴⁶. La Banca d'Italia con il Provvedi-

⁴¹ Art. 1, lett. h septies 1, nn.7) e 8) T.U.B.

⁴² Art. 114-sexies T.U.B; E. Zeppleri, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, 2018, in *www.dirittobancario.it*.

⁴³ Par. 1, sez. I, capo III, Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, 23 luglio 2019, (nt. 16), 32.

⁴⁴ Il provvedimento adottato resta pertanto contrassegnato dall'esercizio di una discrezionalità tecnica nell'accertamento dei requisiti di iscrizione che, in Italia, caratterizza i provvedimenti autorizzativi.

⁴⁵ M. Catenacci, V. Sanna, *La disciplina degli AISP nelle nuove disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia*, 2019, in *www.dirittobancario.it*.

⁴⁶ M. Mancini, M. Rispoli, V. Santoro, A. Sciarone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 48 ss.

mento del 23 luglio 2019, recante modifiche alle disposizioni di vigilanza per gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica in attuazione della Direttiva UE/2015/2366, ha qualificato il proprio provvedimento non come “registrazione” ma come “autorizzazione” anche in relazione a quei prestatori che svolgono servizi di informazioni sui conti⁴⁷. Il recepimento della PSD2 non ha modificato i requisiti per il rilascio dell’autorizzazione allo svolgimento dei servizi di pagamento (inclusi quelli di disposizione di ordini di pagamento indicati nell’art. 114 *novies*, comma 1, TUB): unica novità è stata l’introduzione, nell’art. 114 *novies*, comma 1-*bis*, TUB., per gli istituti che intendono svolgere i nuovi servizi, dell’obbligo di stipulare una polizza di assicurazione della responsabilità civile o analoga forma di garanzia per i danni arrecati nell’esercizio dell’attività derivanti da condotte proprie o di terzi. Anche se, secondo l’interpretazione letterale dell’art. 114 *novies*, comma 1 *bis*, tale obbligo sembrerebbe riferito espressamente soltanto agli istituti che svolgono il servizio di disposizione di ordini di pagamento, in realtà questo deve ritenersi applicabile anche agli AISP⁴⁸.

In relazione alle indicazioni contenute nell’art. 5 della PSD2, la normativa italiana di recepimento ha mostrato inizialmente una lacuna, successivamente colmata dall’EBA: il decreto legislativo, infatti, non ha preso in considerazione i requisiti per l’autorizzazione, specificatamente quelli concernenti la politica di sicurezza, la prevenzione dei rischi relativi ai servizi offerti, il monitoraggio e la gestione degli incidenti relativi alla sicurezza e i reclami dei clienti⁴⁹. Il provvedimento emanato dall’EBA, dell’11 luglio 2017, al quale rinviano anche le norme di carattere secondario messe in consultazione dalla Banca d’Italia, ha permesso il superamento di tale deficit al fine di garantire l’uniformità applicativa della Direttiva circa i requisiti di sicurezza informatica necessari per la tutela dell’intermediario e degli utenti dei servizi di pagamento⁵⁰.

La sicurezza rappresenta per la PSD2 e per i successivi orientamenti dell’EBA, uno dei temi più importanti tale da incidere sull’organizzazione amministrativa degli istituti di pagamento⁵¹. In tale ambito, infatti, il Provvedimento della Banca d’Italia del 23 luglio 2019, ha previsto un rafforzamento di tutte le misure orga-

⁴⁷ Si veda F. Cascinelli, V. Pistoni, G. Zanetti, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, luglio 2016, 14 ss., in *www.dirittobancario.it*.

⁴⁸ V. Disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia, 23 luglio 2019, nt. 16, 55.

⁴⁹ L. Miotto, M. Speranzin, *I pagamenti elettronici*, in *Diritto del Fintech*, a cura di Cian, Sandei, Padova, 2020, 140 ss.

⁵⁰ EBA/GL/2017/09 dell’11 luglio 2017, in attuazione dell’art. 5.5 della PSD2.

⁵¹ Orientamenti finali in materia di segnalazione dei gravi incidenti ai sensi della direttiva 2015/2366/UE (PSD2), emanati dall’EBA il 19 dicembre 2017; Orientamenti finali sulle misure di sicurezza per i rischi operativi e di sicurezza dei servizi di pagamento ai sensi della direttiva 2015/2366/UE (PSD2), emanati dall’EBA il 12 gennaio 2018; V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale. Quaderni di ricerca giuridica della Banca d’Italia*, n. 87, Settembre 2019, 49 ss.

nizzative degli istituti di pagamento al fine di presidiare tutti i rischi, in particolare quelli collegati alla sicurezza dei pagamenti; ad esempio il citato Provvedimento richiede agli istituti di pagamento l'adozione di procedure e sistemi idonei a: tutelare la sicurezza, l'integrità e la riservatezza delle informazioni; archiviare e gestire i dati sensibili relativi ai pagamenti, con i limiti di accesso; acquisire dati statistici relativi ai risultati della gestione, alle operazioni di pagamento effettuate e alle frodi⁵².

L'art. 114 *novies* del TUB., statuisce che, in relazione ai nuovi istituti di pagamento aventi sede in Italia dove svolgono una parte della loro attività di erogazione di servizi di pagamento, spetta alla Banca d'Italia il rilascio dell'autorizzazione, la verifica del possesso continuo di dei requisiti (attraverso l'azione di vigilanza) e la tenuta dell'albo nazionale, consultabile liberamente online⁵³. Quest'ultimo rende pubblici ora anche i dati identificativi della polizza assicurativa o della analoga garanzia ormai obbligatoria per gli istituti di pagamento che svolgono attività di disposizione di ordini di pagamento. Per i soggetti che prestano esclusivamente servizi di informazione sui conti, è prevista l'iscrizione in una sezione speciale dell'albo degli istituti di pagamento. In base alle disposizioni contenute nella PSD2, gli AISP debbono possedere requisiti semplificati per l'iscrizione nell'albo rispetto a quelli imposti agli altri istituti di pagamento: non è richiesta infatti l'indicazione di un capitale o il possesso di determinate qualità in capo ai titolari di azioni⁵⁴.

L'art. 114-*novies* TUB indica quale forma giuridica necessaria per lo svolgimento di queste attività quella in società, sia essa per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata o cooperativa mentre la Direttiva prevede l'estensione alle persone fisiche la registrazione per lo svolgimento del servizio di informazione sui conti⁵⁵. L'art. 114-*septiesdecies* TUB riassume il regime normativo degli istituti che svolgono soltanto servizi informativi sui conti e contiene due categorie di disposizioni. Il primo gruppo di disposizioni detta una disciplina riguardante gli istituti che svolgono soltanto le attività di informazione: questi non possono svolgere anche attività accessorie di concessione di credito e di prestazione di garanzia o di gestione di sistemi di pagamento ma possono svolgere altre attività di impronta imprenditoriale soggette a valutazione dalla Banca

⁵² A. Messoro, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai Third Party Providers*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 2, 511.

⁵³ Art. 114-*novies*, comma 1, lett. b) e art. 114-*septies* T.U.B.

⁵⁴ Gli AISP non sono soggetti ad una mera registrazione nell'albo data la necessaria attività valutativa tecnico discrezionale rimessa alla Banca d'Italia per accertare il possesso dei requisiti di iscrizione all'albo; F. Ciruolo, *I servizi di pagamento nell'era FinTech*, in M.T. Paracampo (a cura di), *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017, 188 ss.

⁵⁵ Di ciò tengono conto anche gli orientamenti EBA; M. Mancini, M. Rispoli, V. Santoro, A. Sciarone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, 72 ss.

d'Italia ai fini dell'autorizzazione⁵⁶. Questi soggetti, se costituiti in forma societaria, non sono destinatari delle norme di tutela sulle partecipazioni azionarie⁵⁷ e di quelle concernenti i conti di pagamento e il patrimonio destinato⁵⁸, in quanto gli istituti che svolgono soltanto servizi di informazione sui conti non detengono fondi dei clienti. Ancora, agli istituti che svolgono soltanto le attività di informazione non si applicano le disposizioni relative alla trasparenza nei rapporti contrattuali con i clienti e non possono ottenere dalla Banca d'Italia un regime di esenzione totale o parziale da alcune disposizioni che valgono per gli istituti di pagamento⁵⁹.

Il secondo gruppo di disposizioni è quello contenuto nell'art. 114 *septiesdecies* TUB, ricompreso nell'ambito del Titolo VI del TUB che ne prevede espressamente l'applicazione agli istituti che svolgono i servizi di informazione sui conti⁶⁰. Tutte le altre disposizioni del Testo Unico, in quanto non espressamente richiamate, sarebbero applicabili soltanto se compatibili con la peculiarità del servizio di informazione sui conti, che al pari di quello di disposizione di ordine di pagamento, non comporta la tenuta di conti di pagamento e/o la gestione di fondi. In questo modo, gli AISP, così come tutti gli istituti di pagamento, sono soggetti all'azione di vigilanza della Banca d'Italia prevista dall'art. 114 *quaterdecies* TUB e soggiacciono alle sanzioni amministrative contenute nel Titolo VIII, irrogabili dalla stessa Banca d'Italia, anche se tali disposizioni non sono richiamate nell'art. 114 *septiesdecies*⁶¹.

Interessante è la disciplina della "trasparenza contrattuale" regolata dal Titolo VI TUB e che si applica sia agli AISP che ai PISP, sottoposti automaticamente alla vigilanza della Banca d'Italia che ha il potere di acquisire informazioni, eseguire ispezioni e adottare le misure inibitorie previste dall'art. 128 *ter* TUB in caso di irregolarità nel comportamento di questi istituti⁶². Secondo l'o-

⁵⁶ Artt. 114 *octies* T.U.B. e 114 *novies*, commi 4 e 5 T.U.B.

⁵⁷ Né tantomeno quelle relative ai requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale, art. 114 *undecies*, commi 1 e 1 *ter* T.U.B.;

⁵⁸ Artt. 114 *duodecies* e 114 *terdecies* T.U.B.

⁵⁹ Artt. 114 *undecies*, commi 1 e 114 *sexiesdecies* T.U.B.; v. S. Vanini, *L'attuazione in Italia della seconda Direttiva sui servizi di pagamento nel mercato interno: le innovazioni introdotte da d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218*, in *Le nuove leggi civili e commerciali*, 2018, 4, 866 ss..

⁶⁰ Tale articolo contiene delle esenzioni per tali soggetti che quindi non possono concedere credito, prestare garanzie, gestire sistemi di pagamento, nonché le altre attività accessorie alla prestazione di servizi di pagamento (art. 114 *octies* T.U.B.); A. Messore, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento digitali prestati dai Third Party Providers*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, 2, 511 ss.

⁶¹ Si veda V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale. Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 55 ss.

⁶² Al riguardo rileva dunque l'art. 34 d.lgs. n. 11/2010, che, in recepimento del Titolo III della PSD2, introduce nel Titolo VI del T.U.B., il nuovo Capo II bis, dedicato specificamente alla disciplina sulla trasparenza dei servizi di pagamento. La Banca d'Italia, nell'ambito della delega ex artt. 126 *bis* ss. T.U.B., con il provvedimento del 19 marzo 2019, in tema di Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti detta regole di forma e contenuto per i contratti quadro relativi ai ser-

riginario art. 128-*bis* TUB, i nuovi istituti di pagamento erano tenuti obbligatoriamente ad aderire ai sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela; disciplina modificata di recente dal d.lgs n. 36/2020, recante «Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, nonché di adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta». L'art. 1 di tale decreto, infatti, ha introdotto alcune modifiche di aggiornamento al TUB; in particolare: la lettera b) del comma 1, intervenendo sull'articolo 114-*septiesdecies* del TUB relativo ai prestatori del servizio di informazione sui conti, ha inciso sulla disciplina da applicare ai soggetti che prestano il servizio in via esclusiva con eliminazione del riferimento all'articolo 128-*bis* del TUB, riguardante appunto i sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela. L'art. 2, comma 1, lettera a) del recente decreto ha apportato invece modifiche all'articolo 27 del d.lgs. n. 11/2010, con la previsione di un diritto di regresso che sorge nel caso in cui la responsabilità di un prestatore di servizi di pagamento sia attribuibile a un altro prestatore degli stessi servizi o ad un altro soggetto interposto nell'esecuzione dell'operazione. Secondo questa disposizione, il secondo prestatore di pagamento è tenuto a risarcire il primo prestatore di servizi di pagamento in caso di perdite o di importi versati con riferimento a operazioni di pagamento non autorizzate e con riferimento alla inesatta, tardiva o mancata esecuzione delle operazioni di pagamento⁶³.

4. *ICard based payment instrument issuers*

Accanto ai nuovi servizi di pagamento appena illustrati, un'altra importante novità introdotta dalla PSD2 riguarda il cosiddetto "*fund checking*", ossia il controllo della disponibilità dei fondi.

La Direttiva introduce infatti la possibilità per i prestatori di servizi di pagamento basati su carta, i c.d. CBPIIs (*Card based payment instrument issuers*) di ricevere conferma della disponibilità dei fondi a fronte di operazioni di pagamen-

vizi di pagamento, nonché gli obblighi informativi degli intermediari di servizi di pagamento, distinti a seconda che le operazioni di pagamento rientrino o meno in un contratto quadro (sez. VI); D. Girompini, *PSD2 e Open Banking. Nuovi modelli di business e ruolo delle banche*, in *Bancaria*, 2018, 1, 70 ss.

⁶³ V. Art. 27, comma 1, d.lgs. n. 11/2010 aggiornato. La novella legislativa ha voluto aggiungere quindi, tra le ipotesi di regresso, anche quella riconducibile all'articolo 25-*bis* del decreto, relativa alla responsabilità in caso di prestazione dei servizi di disposizione di ordine di pagamento per la mancata, inesatta o tardiva esecuzione dell'operazione di pagamento. Da ultimo, la lettera b) del comma 1 è intervenuta sull'articolo 34-*bis* del d.lgs. n. 11/2010, che disciplina il limite alle commissioni interbancarie applicate alle operazioni di pagamento nazionali effettuate con carta di debito dai consumatori.

to richieste dal pagatore tramite piattaforma online. Tale possibilità è essenziale per la gestione e la riduzione del rischio di credito. Il servizio di conferma di disponibilità di fondi (che non ha una sua autonomia nell'elenco dei servizi contenuto nell'Allegato I) non può costituire un'attività esclusiva di un prestatore di servizi di pagamento; al contrario può essere svolto soltanto dai prestatori di servizi di pagamento che emettono strumenti di pagamento basati su carta, assumendo un carattere strumentale⁶⁴.

Questa nuova modalità di controllo della disponibilità dei fondi si divide in vari step: si parte dalla sottoscrizione di un contratto tra il pagatore e il *Card Issuer Service Provider*; il pagatore effettua un'operazione di pagamento tramite piattaforma online a favore di un soggetto terzo beneficiario; l'*Account Servicing Payment Service Provider* del beneficiario a questo punto si rivolge al CISP per richiedere conferma della disponibilità dei fondi necessari per il completamento dell'operazione il quale si rivolge a sua volta all'*Account Servicing Payment Service Provider* del pagatore⁶⁵. Quest'ultimo, che non può trasmettere alcuna informazione di natura qualitativa o quantitativa, tramite una semplice conferma o un diniego si esprime sulla disponibilità dei fondi ed il CISP ne informerà l'*Account Servicing Payment Service Provider* del beneficiario. Il prestatore che svolge tale tipo di servizio ha in comune con il PISP e l'AISP il fatto che per eseguire il proprio servizio ha accesso al conto di pagamento del cliente acceso presso un altro prestatore soltanto con il consenso esplicito del cliente stesso⁶⁶.

5. *Le modalità di accesso ai conti e il Regolamento delegato (UE) 2018/389*

Aspetto cruciale della Direttiva, è quello riguardante la disciplina delle modalità di accesso ai conti: si tratta di una normativa dettagliata alla quale debbono attenersi i vari soggetti coinvolti nell'operazione di pagamento ossia PISPs e AISP e prestatori di radicamento del conto, al fine di non mettere a rischio la sicurezza dei fondi e dei dati di pagamento⁶⁷. Le parti dell'operazione sono tenute

⁶⁴ G. Ardizzi, S. Emiliozzi, J. Marcucci, L. Monteforte *News and consumer card payments, presentato al Workshop della Banca d'Italia Harnessing Big Data & Machine Learning Technology for Central Banks*, 26-27 marzo 2018.

⁶⁵ V. V. Aprigliano, G. Ardizzi, L. Monteforte, *Using the payment system data to forecast the Italian GDP, Banca d'Italia – Working Papers (Temi di discussione)* 2017, n. 1098; V. Falce, *Il funzionamento dei sistemi di pagamento al dettaglio. Ancora in materia di commissioni interbancarie*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, a cura di M. Rispoli Farina, Milano 2009, 531 ss.

⁶⁶ V. Falce, *Dalla self-regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in www.dimt.it, 2015.

⁶⁷ Queste misure si applicano anche all'operazione di conferma della disponibilità di fondi su richiesta di un prestatore di servizi di pagamento emittente strumenti di pagamento basati su carta; C. Giussani, *Verso*

a comunicare tra loro in maniera sicura «conformemente all'articolo 98, paragrafo 1, lett. d)» della PSD2, rispettando le norme tecniche volte a: assicurare un livello adeguato di sicurezza per gli utenti e i prestatori di servizi di pagamento mediante l'adozione di requisiti efficaci basati sul rischio; assicurare la sicurezza dei fondi e dei dati personali degli utenti; garantire un'equa concorrenza tra i prestatori di servizi di pagamento; assicurare la neutralità dei modelli tecnologici; permettere lo sviluppo di mezzi di pagamento accessibili e innovativi. La regolamentazione della PSD2 è basata sul criterio della "neutralità tecnologica": vengono fissati alcuni principi da rispettare attraverso la standardizzazione ed indicati una serie di obiettivi da raggiungere nell'esecuzione dell'operazione di pagamento⁶⁸.

È stato il Regolamento delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017 a definire tutti i requisiti degli standard aperti che si devono rispettare per assicurare comunicazioni sicure ai fini dell'identificazione, dell'autenticazione, della notifica, della trasmissione di informazioni e dell'attuazione delle misure di sicurezza, tra i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto, i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento, di informazione sui conti, i pagatori, i beneficiari ed altri⁶⁹. L'interoperabilità tra i diversi sistemi è utilizzata per garantire la diffusione degli strumenti di pagamento elettronico tra pagatori, beneficiari e relativi prestatori di servizi di pagamento; gli standard tecnici danno la possibilità all'industria di svilupparsi ed innovarsi tramite l'utilizzo della tecnologia avanzata.

Il Regolamento citato ribadisce l'obbligo⁷⁰, per i prestatori di servizi di pagamento, di applicare l'autenticazione forte del cliente in tre casi: quando il pagatore accede al conto del cliente online; quando dispone un'operazione di pagamento elettronico; quando effettua azioni a distanza con il rischio di frode nei pagamenti. Questo provvedimento disciplina ed individua anche alcune fattispecie che sono

una maggiore integrazione del mercato dei pagamenti al dettaglio: raggiunto il compromesso sul testo della proposta di direttiva sui pagamenti elettronici (c.d. PSD 2), in *Eurojus*, 14 settembre 2015.

⁶⁸ Sul tema della neutralità tecnologica v. Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo, in *Riv. trim. diritto dell'economia*, 2016, 61 secondo il quale "neutralità tecnologica è sinonimo del termine "standard di prestazione", che sono gli standard che descrivono il risultato previsto, ma non impongono una data tecnologia. Neutralità tecnologica significa, dunque, che i regolatori dovrebbero astenersi dall'usare la regolazione come mezzo per strutturare il mercato in un certo modo. In un mercato altamente competitivo, i regolatori dovrebbero impegnarsi a non scegliere i "vincitori tecnologici".

⁶⁹ Come precisato nei Considerando 29 e 30 del regolamento delegato della Commissione, esso si basa sul progetto di norme tecniche di regolamentazione che l'European Banking Authority (come previsto dall'art. 98, par. 4, comma primo, PSD2) ha presentato alla Commissione dopo aver svolto consultazioni pubbliche aperte e trasparenti sul progetto presentato, aver analizzato i potenziali costi e benefici della disciplina e richiesto il parere del gruppo delle parti interessate nel settore bancario, istituito dall'art. 37 del regolamento (UE) n. 1093/2010.

⁷⁰ Previsto già dall'art. 97, comma 1, PSD2; V. Meli, *Gli interventi dell'Autorità nei sistemi di pagamento*, *Relazione al Convegno Antitrust di Trento*, 16-18 ottobre 2015.

esenti dall'autenticazione forte: si tratta di casi che, in base ad alcuni parametri⁷¹, sono considerati a basso rischio di frode; è il prestatore, in presenza di tali fattispecie, a dover effettuare una valutazione del grado di rischio che in concreto potrebbe interessare l'operazione⁷² utilizzando degli indici enunciati dal legislatore comunitario e precisamente nell'art. 18 del Regolamento di attuazione 2018/389/UE.

I prestatori di servizi, per applicare questi regimi di esenzione sono tenuti a monitorare tutte le operazioni (attraverso specifici meccanismi e avvalendosi anche qui di numerosi indici indicati nel Regolamento medesimo⁷³) al fine di captare le attività di pagamento poste in essere senza autorizzazione o in maniera fraudolenta. Dopodiché gli stessi devono adempiere all'obbligo di trasmettere i dati rilevati alle autorità competenti e all'EBA. Questo continuo controllo dei dati di pagamento permette da un lato, una concreta valutazione del rischio di sicurezza relativo all'istituto di pagamento per l'applicazione di adeguate misure preventive di sicurezza; dall'altro, di captare i campanelli di allarme di eventuali disfunzioni generalizzare che possono essere evitate attuando un aggiornamento e integrazione della disciplina relativa alle misure di sicurezza che sono risultate inadeguate a prevenire il compimento di illeciti⁷⁴.

Il Regolamento (UE) 2018/389 ha fissato anche i requisiti dell'interfaccia informatica necessari per i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto online per permettere ai nuovi IP di accedere ai conti dall'esterno. Secondo l'art. 30, par. 1 e 2, questo tipo di interoperabilità deve consentire l'identificazione del TPP, deve permettere al prestatore di servizi di informazione sui conti e al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di comunicare con il PSP di radicamento del conto in maniera sicura e di disporre gli ordini di pagamento e ricevere tutte le informazioni accessibili ai prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto sull'esecuzione dell'operazione di pagamento⁷⁵.

⁷¹ Ossia in relazione alla tipologia di operazione, alle modalità con le quali la stessa è compiuta, ai beneficiari del pagamento o all'importo dell'operazione; v. M. Mancini, *Commento all'art. 1, comma 1, lettere q e s, in La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarone Alibrandi e O. Troiano, Torino, 2011, 26 ss.

⁷² C.d. *targeted authentication*.

⁷³ Ad es.: l'essere il pagamento in presenza o a distanza; in base al valore medio delle operazioni; con autenticazione forte o esenzione; C. Brescia Morra, *Il diritto delle banche*, Milano, 2016, 83 ss.

⁷⁴ G. Berti De Marinis, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2*, in *Diritto della borsa e del mercato finanziario*, 2018, 4, 649 ss.

⁷⁵ La struttura informatica utilizzata per il dialogo con i TPPs deve avere lo stesso livello di disponibilità e di prestazione delle interfacce messe a disposizione dell'utente per accedere direttamente al proprio conto online. Condotte di ostacolo possono essere ravvisate ad esempio quando si impedisce l'utilizzo da parte dei TPPs delle credenziali rilasciate dai prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto ai loro clienti; per un ulteriore approfondimento v. Valcke, N. Vandezande, N. Van deVelde, *The evolution of third party payment providers and cryptocurrencies under the EU's upcoming PSD2 and AMLD4*, in *Swift institute working paper no.* 2015-001, 2015, 45 ss.

Gli *Account servicing payment service providers* (ASPSPs) ossia i prestatori di radicamento del conto devono predisporre misure di emergenza nel caso in cui vi sia una indisponibilità non programmata dell'interfaccia o in caso di guasto dei sistemi⁷⁶ (art. 33, Reg. Cit.): i TPPs possono così anche accedere alla stessa interfaccia messa a disposizione dei clienti in caso di prestazioni inadeguate da parte di quella per loro predisposta. Si tratta di una modalità che viene definita una *fall-back option*. Secondo l'art. 33, par. 6 del Regolamento citato, le Autorità nazionali, previa consultazione con l'EBA, possono esentare gli ASPSPs dal dotarsi di queste misure di emergenza se le interfacce rispettano alcune condizioni indicate nello stesso articolo⁷⁷. Per garantire un'applicazione uniforme di questi criteri fissati nell'art. 33, par. 6 del Regolamento, l'EBA ha poi elaborato le *Guidelines on the conditions to be met to benefit from an exemption from contingency measures under Article 33(6) of Regulation (EU) 2018/89*.

Altra modalità di accesso al conto del pagatore è quella indiretta⁷⁸, che consente l'autenticazione e la comunicazione con il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto: i prestatori che gestiscono il conto di pagamento possono consentire agli istituti che svolgono i nuovi servizi, di utilizzare le interfacce disponibili all'accesso online da parte dei titolari dei conti⁷⁹. Le parti osservano tecniche di crittografia avanzate per assicurare la tutela della riservatezza dei dati durante lo scambio degli stessi via web⁸⁰. Attraverso ciò si è voluta garantire la sicurezza dei fondi e dei dati di pagamento che vengono minacciati da condotte di frode informatica⁸¹. La disciplina nazionale che ha recepito la Direttiva PSD2 fa un rinvio alle norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione europea⁸² al fine di individuare i metodi per attuare una comunicazione sicura: a tali norme soggiacciono sia i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto, sia i prestatori di servizi di disposizione di ordine di pagamento e di informazione sui conti. L'art. 6-*bis* del d.lgs. n. 11/2020 ha previsto anche l'introduzione di alcuni limiti all'accesso ai conti di pagamento da parte dei terzi prestatori di servizi di pagamento: il prestatore di servizi di pagamento di radica-

⁷⁶ Art. 33 Regolamento UE.

⁷⁷ Ad esempio, è prevista la sperimentazione sul campo per almeno tre mesi.

⁷⁸ Si veda il Considerando n. 32 del Regolamento; KPMG, PSD2: a game changer?, ottobre 2018.

⁷⁹ Art. 31 Regolamento UE.

⁸⁰ Ogni sessione di comunicazione deve avere una durata breve; v. C. Schena, A. Tanda, C. Arlotta, G. Potenza, *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, Consob, 2018; F. Fiordelisi, P. Schwizer, M.G. Soana, *The determinants of reputational risk in the banking sector*, in *Journal of Banking and Finance*, 2013, 1359-1371.

⁸¹ A ciò si ricollega anche l'esigenza di monitorare il malfunzionamento dei sistemi operativi dei vari istituti in funzione preventiva del compimento dell'illecito; C. Schena, A. Tanda, C. Arlotta, G. Potenza, *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, Consob, 2018.

⁸² artt. 5-*ter*, comma 2, lett. d), e comma 3, lett. a), nonché art. 5-*quater*, comma 2, lett. c), e comma 3, lett. a), d.lgs. n. 11/2010.

mento del conto può rifiutare l'accesso soltanto in presenza di giustificate ragioni relative all'accesso fraudolento o non autorizzato al conto di pagamento da parte dei prestatori di servizi di informazione sui conti o di disposizione di ordine di pagamento⁸³, anche in caso di ordini di pagamento fraudolenti o non autorizzati. In tali circostanze, il prestatore di radicamento del conto deve, prima di inoltrare il rifiuto, informare i TPPs, dando atto dei motivi che hanno condotto al rifiuto (salvo che si tratti di motivi legati all'ordine pubblico o di pubblica sicurezza⁸⁴ o altri connessi all'applicazione delle disposizioni in materia di riciclaggio e finanziamento del terrorismo). Il diniego di accesso al conto così corredato deve essere immediatamente comunicato anche alla Banca d'Italia, competente ad effettuare le sue valutazioni e ad adottare tutte le misure che ritiene opportune⁸⁵.

6. *La disciplina del consenso per l'esecuzione delle operazioni di pagamento*

L'accesso ai conti si verifica per i TPPs previo un esplicito consenso del pagatore, o dell'utente in caso di servizio di informazione sui conti, a svolgere i nuovi servizi di pagamento⁸⁶: ciò può avvenire (e avviene il più delle volte) attraverso dispositivi informatici, data appunto la natura informatica dell'attività e delle modalità con cui tali soggetti interagiscono con gli utenti⁸⁷. Al fine di stabilire le modalità attraverso cui il consenso per l'esecuzione della singola operazione di pagamento deve essere prestato, si prevede l'introduzione di queste nel contratto quadro che regola lo svolgimento del servizio. Nel dettaglio, il consenso esplicito deve riguardare: l'importo del pagamento, il beneficiario dello stesso, ogni dato relativo all'operazione e la disponibilità a fornire al beneficiario qualunque informazione ottenuta nella prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento⁸⁸. L'art. 62, comma 2, PSD2, dispone che «il consenso ad eseguire un'operazione di pagamento può anche essere prestato tramite [...] il prestatore

⁸³ Compresi i casi di ordini di pagamento fraudolenti o non autorizzati.

⁸⁴ M. Catenacci, C. Fornasaro, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISPS)*, in *Dir. Banc.*, 2018, 4, 37 ss.; V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 53 ss.

⁸⁵ Art. 6-bis, comma 2, d.lgs. n. 10/2011.

⁸⁶ Artt. 5-ter, comma 2, lett. c), e 5-quater, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 11/2010; V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale, Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 69 ss.

⁸⁷ Per un'analisi della disciplina della responsabilità degli intermediari per l'esecuzione del pagamento in assenza del consenso dell'utente e per la mancata, inesatta o tardiva esecuzione dell'operazione v. la già ricordata monografia di F. Marasà, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, cit.

⁸⁸ I dati non possono essere modificati dal prestatore che dispone l'ordine.

re di servizi di disposizione di ordine di pagamento»: in questo caso, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto non dovrà richiedere altre verifiche circa il consenso dato dagli utenti ai prestatori disponenti l'ordine di pagamento e a quelli che svolgono il servizio di informazione sui conti⁸⁹. Il prestatore di radicamento del conto è tenuto a presumere, per via dell'autenticazione e della presenza di credenziali di accesso al conto, che il TTP agisca sulla base dell'esplicito consenso del cliente, senza dovere svolgere indagini e verifiche sulla relazione contrattuale tra quest'ultimo e il cliente.

L'art. 6-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 11/2010 prevede che l'accesso al conto può essere rifiutato in virtù del fatto che l'ordine di pagamento non venga autorizzato dal titolare del conto (circostanza della quale ne è a conoscenza il gestore del conto); ciò si realizza nel momento in cui l'utente, propenso a revocare il consenso alla prestazione dei TTPs, ne informa il prestatore del radicamento del conto, il quale a sua volta da comunicazione della revoca al Terzo Provider⁹⁰. Le ipotesi di accesso non autorizzato al conto, con possibilità di determinare un legittimo rifiuto di colloquio da parte del prestatore di radicamento del conto, vengono assimilate, dallo stesso art. 6-*bis*, alle ipotesi di ordini di pagamento fraudolenti o non autorizzati⁹¹. La disciplina nazionale dispone che il consenso di cui si parla, può essere revocato in qualsiasi momento, attraverso la procedura concordata nel contratto quadro generale o in quello relativo a singole operazioni di pagamento, ma ciò deve avvenire prima che l'ordine di pagamento diventi irrevocabile ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 11/2010⁹². Quest'ultimo, modificato dal recepimento della Direttiva PSD2, statuisce che il pagatore non può revocare l'ordine di pagamento dopo aver prestato il proprio consenso a disporre l'operazione di pagamento al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento e, ancora, che, decorsi i termini previsti dalla legge, l'ordine di pagamento può essere revocato solo se la revoca è stata concordata dal cliente con tutti i prestatori di servizi coinvolti nell'operazione⁹³. Infine, se l'utente ha richiesto l'aiuto di un prestatore di servizi di disposizione d'ordine di pagamento, occorrerà, oltre ad una "negoiazione" della revoca con il prestatore di radicamento del conto, anche il consenso del *Payment Initiation Service Provider*⁹⁴. Tutte le operazioni di paga-

⁸⁹ Art. 32, comma 3, reg. delegato (UE) n. 2018/389.

⁹⁰ Art. 6-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 10/2011; M.M. Pimpinella, G. Carrafiello, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti*, Milano, 2016, 10 ss.

⁹¹ L'individuazione di questi comporta un'attenta valutazione delle ipotesi in cui il consenso all'operazione di pagamento correttamente prestato sia stato successivamente revocato dall'utente; M. Rispoli Farina, *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2015, 175-200.

⁹² Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 11/2010.

⁹³ Art. 17, comma 2, d.lgs. n. 11/2010; V. Antoro, *I conti di pagamento degli istituti di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2008, 84 ss.; Aa.Vv., *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Paracampo, Torino, 2017, 83 ss.

⁹⁴ Art. 17, comma 5, d.lgs. n. 11/2010.

mento che vengono realizzate dopo la revoca del consenso prestato, sono ritenute non autorizzate con conseguente impossibilità per il TTP di accedere al conto.

7. *Le novità in materia di responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento*

Alla luce dei mutamenti operati con la Direttiva 2366/2015 (PSD2), ci si chiede se possono rilevarsi cambiamenti in relazione al regime della responsabilità civile dei prestatori di servizi di pagamento. In realtà, la Direttiva PSD2 ha confermato il regime di responsabilità gravante sui prestatori, contenuto dapprima nel d.lgs. n. 11/2010 e successivamente modificato ed integrato dal d.lgs. n. 218/2017⁹⁵. In particolare, gli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 11/2010, in origine delineavano i profili di una responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento: secondo tali disposizioni, queste avevano l'obbligo di assicurarsi che tutti i dispositivi personalizzati forniti alla clientela non fossero mai accessibili a soggetti diversi dal loro legittimo titolare. Ancora, era previsto, in caso di disconoscimento dell'operazione da parte dell'autore, un rimborso immediato a favore dell'utilizzatore di questi servizi, tranne che nel caso in cui vi fosse stato un sospetto motivato di frode e fatta salva la possibilità per l'intermediario, di dimostrare successivamente che non era previsto alcun diritto al rimborso per l'utilizzatore⁹⁶.

L'originario art. 10 prevedeva un onere della prova in capo al prestatore: qualora l'utilizzatore dei servizi di pagamento negasse di aver dato l'autorizzazione per un'operazione già eseguita, ovvero sostenesse che la stessa era stata eseguita in maniera scorretta, era dunque onere del prestatore stesso provare l'esito positivo dell'operazione. Allo stesso modo, l'utilizzo di uno strumento di pagamento offerto dall'intermediario non rendeva automaticamente legittima l'operazione in parola e non dimostrava che il cliente avesse agito con frode o che questi non avesse adempiuto agli obblighi di utilizzo conforme degli strumenti da lui posseduti, con dolo o colpa grave⁹⁷.

Il d.lgs. n. 218/2017, di attuazione della direttiva PSD2, rafforza ancora di più quell'onere della prova gravante sui soggetti intermediari: l'art. 10 del d.lgs. n. 11/2010, così come modificato, sancisce infatti che è onere del prestatore dei servi-

⁹⁵ Per un approfondimento v. I.A. Caggiano, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d.lgs. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 2, 2938 ss.

⁹⁶ R. Frau, *Operazioni di home banking disconosciute dal correntista e responsabilità semioggettiva della banca*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 3, 855 ss.; P. Montella, *L'autenticazione ad accesso forte (Strong customer Authentication) e la responsabilità del Prestatore del servizio di pagamento alla luce delle modifiche al d.lgs. n. 11 del 27 dicembre 2010*, in *De Iustitia*, 124 ss.

⁹⁷ P. Montella, *La Direttiva PSD2: obiettivi della revisione e principali tratti di novità*, in *Innovazione e diritto*, 129 ss.

zi di pagamento, compreso il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente, al fine di far pagare a quest'ultimo il prezzo di un'operazione non autorizzata⁹⁸. Anche l'art. 11 ha subito dei cambiamenti conseguentemente al recepimento della Direttiva PSD2: questo attualmente non si limita più a prevedere in maniera generica un obbligo del rimborso dei fondi illecitamente sottratti all'utente, ma ne puntualizza determinati aspetti: il rimborso dovrà avvenire entro il giorno in cui si è svolta l'operazione o entro quello successivo. Si ribadisce la possibilità per il prestatore di servizi che deve effettuare il rimborso di dimostrare che l'operazione a questi imputata è avvenuta su disposizione del cliente intestatario dei fondi, con diritto alla ripetizione delle somme già elargite⁹⁹. Mentre nel previgente sistema l'utilizzatore del servizio di pagamento in caso di utilizzo illecito dello strumento in suo possesso, era sottoposto esclusivamente ad una franchigia di un importo pari a 150 euro, per le operazioni poste in essere prima della comunicazione del furto o dello smarrimento dello strumento al prestatore del servizio di pagamento, con la nuova Direttiva PSD2 che ha introdotto la *Strong Customer Authentication*¹⁰⁰, all'utilizzatore resta comunque il diritto alla restituzione integrale dell'importo che gli è stato addebitato senza autorizzazione, allorquando il prestatore di pagamenti non abbia adempiuto all'obbligo di esigere un'autenticazione forte del cliente. In tal caso, anche il soggetto beneficiario del pagamento dovrà rispondere dell'indebito utilizzo dello strumento qualora non abbia adempiuto all'obbligo di richiedere l'autenticazione forte del pagatore. Negli altri casi, (esclusi quelli in cui abbia agito fraudolentemente o in cui non abbia adempiuto gli obblighi di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 11/2010 con dolo o colpa grave) il pagatore può sopportare, perdite relative ad operazioni di pagamento che non siano state autorizzate derivanti dall'indebito utilizzo dello strumento di pagamento a seguito di furto, appropriazione indebita o smarrimento, per una somma non superiore a 50 euro¹⁰¹.

Alla luce di ciò, la colonna portante della garanzia costituita da un sistema di accesso forte, sarebbe la difficoltà consistente nella violazione di un tale sistema, per effetto del quale il legislatore nazionale, sulle linee di quanto stabilito dalla normativa europea, ha previsto a carico del prestatore, il rimborso immediato e

⁹⁸ Si vedano M. Rispoli Farina, *Informazione e servizi di pagamento*, in *Analisi giuridica dell'economia*, I, 2015, 175 ss.; G. Gabassi, S. Langer, *Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento. Considerazioni diacroniche tra diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2*, in *Contratto e Impresa*, 2018, 2, 650 ss.

⁹⁹ C. Corvese, G. Gimigliano (a cura di), *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Siena, 2016, 37 ss.

¹⁰⁰ Si vedano G. Casali, *I contratti del software: qualificazione, responsabilità e garanzie*, in *I Contratti*, vol. IV, 2014, 389 ss.; R. Frau, *Operazioni di home banking disconosciute dal correntista e responsabilità semiogettiva della banca*, in *Responsabilità civile e previdenza*, vol. 3, 2017, 855 ss.

¹⁰¹ Circa la dottrina in materia che ha cercato di tratteggiare con maggior precisione "la diligenza del buon banchiere", v. G. Ferri, *La diligenza del buon banchiere*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, vol. I, 1958, 1 ss.

integrale da aversi «[...] in ogni caso al più tardi entro la fine della giornata operativa successiva a quella in cui prende atto dell'operazione o riceve una comunicazione in merito. Ove per l'esecuzione dell'operazione sia stato addebitato un conto di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento riporta il conto nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo, assicurando che la data valuta dell'accredito non sia successiva a quella dell'addebito dell'importo»¹⁰²; nel caso di violazione anche di tali procedure sul pagatore non graverà alcuna perdita. Si evidenzia a questo punto come, dato l'obbligo per coloro che offrono servizi di pagamento di utilizzare per la loro attività interfacce web che permettano un'autenticazione forte del cliente, sia divenuto di gran lunga più facile per l'utilizzatore di tali strumenti ottenere il rimborso delle somme che gli sono stata sottratte illecitamente¹⁰³.

La responsabilità del prestatore del servizio così come quella di altri soggetti, quali i prestatori del servizio di radicamento del conto o di coloro che forniscono informazioni collegate al servizio reso, è diventata dunque, con la nuova Direttiva PSD2, di tipo oggettivo a causa della difficoltà per i soggetti menzionati di fornire la prova di un eventuale dolo o colpa grave in capo all'utilizzatore.

8. *Il ruolo delle banche nel nuovo mercato dei pagamenti*

A fronte dei significativi cambiamenti che hanno interessato il mercato dei pagamenti, è opportuno fare qualche considerazione sugli attori principali del settore, ossia le banche.

Queste, con l'entrata in vigore della PSD2, si sono trovati, il più delle volte, a far i conti con il rischio di "disintermediazione", con conseguente perdita di una relazione privilegiata di lunga data e una progressiva compromissione della capacità di preservare un'efficace relazione con il cliente¹⁰⁴. È indubbio poi che l'emergenza sanitaria ha accelerato la trasformazione digitale del settore bancario e di conseguenza anche del modo in cui i clienti interagiscono con le banche, spingendo anche coloro più legati ai servizi tradizionali ad aprirsi al Fintech¹⁰⁵.

¹⁰² Art. 11, d.lgs. 11/2010; M. Doria, V. Fucile, A. Tarola, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Quad. Giuri. Comm.*, a cura di Carriero e Santoro, 2005, 83 ss.

¹⁰³ Si vedano G. Berti De Marinis., *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dal recepimento della direttiva PSD2*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, vol. 4, 2018, 639 ss.; V. Coppola, *Il contratto di servizi di pagamento: inquadramento generale e profili di responsabilità*, in *Innovazione e Diritto*, Napoli, 2014, 3, 38 ss.

¹⁰⁴ *Per una comparazione v. R. Barontini, Innovazione e rischio di credito durante la crisi finanziaria*, in *Bancaria*, 2015, 2, 83 ss.

¹⁰⁵ Si veda EDP, *L'impatto del COVID-19 sul mondo delle banche e dei pagamenti*, 2021 su <https://www.lineaaid.it/news/51068/limpatto-del-covid-19-sul-mondo-delle-banche-e-dei-pagamenti/>.

Le banche, dinanzi a questi cambiamenti, tendono sempre di più ad adottare un approccio basato sui vantaggi offerti dalle novità introdotte dalla PSD2: mediante una collaborazione diretta con i TPPs e Fintech, queste avranno la possibilità di rafforzare i processi di fidelizzazione della clientela mediante l'introduzione nella loro offerta, di servizi che sarebbero difficili da costruire al loro interno o che non sarebbero applicabili a tutti i clienti¹⁰⁶.

In tal senso, la PSD2 ha dato la possibilità di ridefinire il concetto di *customer experience* in linea con le nuove esigenze dei clienti, fulcro della competitività delle banche, le quali sono state indotte ad elaborare un nuovo posizionamento strategico nel mercato, partendo dal porre in essere una serie di comportamenti¹⁰⁷. Una certa attenzione è stata data all'individuazione dei margini prodotti, alla stima dei ricavi aggiuntivi che derivano dall'utilizzo di informazioni circa il comportamento della clientela per indirizzare offerte di servizi a valore aggiunto, all'ottimizzazione dei modelli di *pricing*, alla valutazione delle opportunità di crescita derivanti dal funzionamento del business e all'individuazione del livello di innovazione che si intende introdurre nella propria organizzazione¹⁰⁸. Per comprendere i possibili posizionamenti di mercato, occorre considerare due elementi, in grado di influenzare in maniera significativa lo sviluppo dei ricavi commissionari: lo sviluppo di servizi a valore aggiunto e l'apertura dei dati e la data *monetization*, che indicano rispettivamente il *quantum* di investimenti in innovazione e sviluppo dell'offerta che permette alle banche di differenziarsi dalla concorrenza e il grado di apertura degli operatori nella capacità di gestire informazioni comportamentali riferite alla clientela¹⁰⁹.

Dalla combinazione di questi due elementi è dunque possibile individuare quattro ruoli che le banche possono assumere nel nuovo contesto, ossia:

- il ruolo di *compliant player*, assunto dalle banche che considerano l'adeguamento alla PSD2 come un semplice obbligo di conformità al nuovo quadro normativo, concentrando tutti i loro investimenti nell'adeguamento delle procedure, dei processi e dei contratti, lasciando invariata la propria offerta e apportando eventuali modifiche solo in termini di *pricing*;

¹⁰⁶ A. Argentati, *Le banche nel nuovo scenario competitivo. FinTech, il paradigma Open banking e la minaccia delle big tech companies*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2018, 441 ss.; A. Berger, L. Klapper, R. Turk-Ariss, *Bank competition and financial stability*, in *Journal of Financial Services Research*, 2009, 849 ss.

¹⁰⁷ Si vedano S. Rossi, *Idee per il futuro del sistema finanziario italiano*, Intervento, Courmayeur, 23 settembre 2017; Banca Centrale Europea, *Guida alla valutazione delle domande di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria degli enti creditizi fintech*, marzo 2018, 3.

¹⁰⁸ V. Capriglione, A. Sacco Ginevri, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019, 85 ss.

¹⁰⁹ Maggiore sarà il quantitativo di informazioni disponibili, più facilmente si riuscirà a creare modelli di business innovativi e digitali; G. Gabbi, *Definizione, misurazione e gestione del rischio reputazionale negli intermediari finanziari*, in *Banca Impresa e Società*, 2004, 51-80.

- il ruolo di aggregatore, che permette agli operatori di configurarsi come soggetti abilitati ad integrare le informazioni ed attuare operazioni di pagamento a valere anche sui conti correnti della concorrenza e di porre in essere anche investimenti di carattere commerciale diretti a sviluppare nuovi servizi a valore aggiunto¹¹⁰;
- il ruolo di piattaforma, che presuppone necessarie competenze specifiche in ambito tech, sicurezza e *analytics* ed in virtù del quale gli attori predispongono di un'adeguata capacità di investimento impiegata per lo più in infrastrutture informatiche e sicurezza per la creazione di un ambiente pienamente *compliant* al nuovo quadro normativo e fondato base strutturali innovative¹¹¹. Lo sviluppo di questi modelli, che gestiscono anche i contenuti informativi dei pagamenti, permette di integrare l'offerta di servizi tradizionali di pagamento verso la propria clientela con servizi digitali, aprendo così il target anche ad altri operatori o banche¹¹²;
- infine, il ruolo di aggregatore come piattaforma, che, assunto principalmente dagli operatori che si trovano a gestire grandi volumi di affari con una clientela significativa nel mercato di riferimento e trasversale e che utilizzano le proprie capacità di investimento in tecnologie e marketing, permette a questi soggetti di offrire servizi anche ad operatori minori in cerca di un *payment engine* "performante" e pienamente allineato alla normativa. Essenziali, in tal caso, sono i vantaggi che derivano dalla collaborazione diretta con le terze parti e con altri istituti finanziari e dalla condivisione di conoscenze e di tecnologie innovative con le stesse¹¹³.

Dalla suddivisione effettuata emerge che, se l'operatore decidesse di andare oltre il semplice adeguamento alla PSD2, essenziale è l'interazione con i TPPs: in tal caso essenziali solo le *Application Programming Interfaces* (API), interfacce aperte che consentono di interagire con programmi altrimenti inaccessibili e che, offrendo concrete modalità per il miglioramento dei programmi e dei servizi offerti, favoriscono l'instaurazione di relazioni di collaborazione tra *players* nel mercato dei pagamenti, consentono alle banche di raggiungere mercati in nuove

¹¹⁰ Gli aggregatori valutano spesso la possibilità di giungere a partnership con terze parti al fine di ridurre i costi di sviluppo e di innovazione; A. Sciarone Alibrandi, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, in A. Brozzetti (a cura di), *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*. Atti del convegno «Banche e attività bancaria nel TUB: qualche riflessione su un ventennio di regolamentazione, immaginando il "futuribile" (per dirlo con Franco Belli)» tenutosi a Siena il 19-20 settembre 2014, Milano, 2015.

¹¹¹ C.d. open ABI.

¹¹² M. Porzio, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. Angelici, F. Belli, G.L. Greco, M. Porzio, M. Rispoli Farina (a cura di), *I contratti delle banche*, Torino, 2003, 77 ss.

¹¹³ A. Antonucci, *Mercati dei pagamenti: le dimensioni del digitale*, in *Riv. dir. banc., www.dirittobancario.it*, 18, 2018; A. Sciarone Alibrandi, *Il diritto del sistema finanziario*, in Aa.Vv., *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2013, 319 ss.

porzioni geografiche e permettono la personalizzazione dei prodotti e servizi in base alle specifiche esigenze dei clienti¹¹⁴.

A seguito della nuova disciplina europea e nazionale sui pagamenti, le banche, mentre da un lato potrebbero decidere di limitarsi a rendere accessibili ai TPPs i conti dei propri clienti, dall'altro potrebbero optare per la conversione in piattaforma, garantendo oltre i servizi tradizionali, anche i servizi integrati prestati da soggetti terzi. Le banche sono così tenute a rendere semplice e celere l'offerta di servizi ai propri clienti: obiettivo della novella legislativa è appunto quello di innalzare, tramite un rinnovamento del business bancario, il livello della competitività tra i vari operatori del mercato dei pagamenti, a beneficio dei consumatori finali¹¹⁵.

L'ingresso delle terze parti, autorizzate ad operare nel mercato dei pagamenti, e lo sviluppo di nuovi servizi comporta così il superamento dell'interfaccia di pagamento gestita solitamente dalla banca o dal provider di carte di pagamento, consentendo che l'esperienza del cliente venga gestita *end-to-end* dal retailer/operatore che vende i propri prodotti/servizi¹¹⁶. In questo senso non si esclude che gli Over the Top e quindi i grandi colossi del *marketing* e delle tecnologie di consumo come Facebook, Amazon, Google, possano sviluppare sempre di più le proprie piattaforme ed offrire ai pubblici servizi finanziari erogati dalle banche, arrivando a dominare così i nuovi servizi Fintech, dal momento che la loro impronta nel settore finanziario è in crescita¹¹⁷.

9. *Gli ostacoli all'attività dei Third Party Providers e i chiarimenti dell'EBA*

La *European Banking Authority* (EBA) ha pubblicato il 4 giugno 2020 una prima *Opinion* volta a fornire chiarimenti in merito agli ostacoli che i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto (banche, istituti di credito e isti-

¹¹⁴ Nello specifico, le API permettono quindi lo scambio sicuro di dati tra diverse applicazioni e una connessione tra i conti degli utenti e le applicazioni dei TPPs. In questo modo gli AISP sono in grado di conoscere informazioni relative ai conti di pagamento detenuti dall'utente presso uno o più ASPSP, mentre i PISP possono disporre ordini di pagamento a valere sui conti detenuti presso uno o più ASPSP; ITASEC19, *Terza Conferenza Italiana sulla Cyber Security, Sicurezza, privacy, normative: come farli coesistere in ambito Fintech?*, Intervento del Capo del Dipartimento Mercati e sistemi di pagamento della Banca d'Italia, Paolo Marullo Reedtz, Pisa, 14 febbraio 2019.

¹¹⁵ R. Frau, *Operazioni di home banking sconosciute dal correntista e responsabilità semioggettiva della banca*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 3, 855 ss.

¹¹⁶ A. Guacero, *Automazione dei processi e dei servizi, imputazione e responsabilità*, in *Diritto del Fintech*, a cura di M. Cian e Sandei, Milano, 2020, 60 ss.

¹¹⁷ Sulla promozione di pagamenti elettronici sicuri, efficienti e competitivi v. Libro verde della Commissione europea "Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile" dell'11.1.2012; EBA, *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)*, 4 August 2017 su <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1919160/7a1b9cda-10ad-4315-91ce-d798230ebd84/EBA%20Discussion%20Paper%20on%20Fintech%20%28EBA-DP-2017-02%29.pdf?retry=1>.

tuti di pagamenti (ASPSP) pongono all'offerta dei servizi informativi e di pagamento offerti dalle terze parti abilitate: tale documento dà indicazioni sulla corretta applicazione della regolamentazione tecnica di degli orientamenti EBA di attuazione delle disposizioni della PSD2 in materia di accesso ai conti. Si tratta di un parere redatto sulla base dei modelli operativi adottati in virtù della Direttiva PSD2 in questa sede analizzata e delle norme tecniche di regolamentazione sulla "strong customer authentication" (SCA) e sulla comunicazione comune e sicura (CSC) emanati in attuazione della Direttiva (RTS)¹¹⁸.

In relazione al principale profilo innovativo della PSD2, riguardante appunto l'introduzione di due nuovi servizi e di due nuovi prestatori di servizi di pagamento abilitati a prestare tali servizi, ovvero i TPP, il parere dell'EBA è intervenuto a chiarire meglio il contenuto dell'art. 32, paragrafo 3, degli RTS che prevede che gli ASPSP, che abbiano implementato un'interfaccia dedicata, debbano garantire che tale interfaccia non ostacoli la fornitura dei servizi da parte di PISP e AISP. Ciò al fine di rispondere a tutte le richieste provenienti dagli operatori in merito alla definizione di determinate pratiche di mercato come ostacoli alla fornitura dei servizi di pagamento medesimi¹¹⁹.

Una prima analisi dell'EBA ha riguardato i casi in cui la pratica del reindirizzamento può essere vista come un ostacolo all'attività dei TPPs, in particolare dei PISP, in uno scenario in cui il reindirizzamento stesso è l'unico metodo attraverso il quale gli utenti possono autenticarsi presso il proprio ASPSP.

Secondo l'Autorità, il reindirizzamento può rappresentare un ostacolo se implementato in modo da creare attriti nella *user experience* del cliente, rendendo l'accesso ai servizi dei TPPs più difficoltoso rispetto alla esecuzione normale dei pagamenti attraverso i canali propri dell'ASPSP. Per gli operatori del settore, tale pratica rappresenta un ostacolo per i TPPs, soprattutto per i pagamenti iniziati dagli utenti presso i c.d. *point-of-sale*: l'autenticazione tramite l'interfaccia dell'ASPSP fa sì che il pagamento venga effettuato attraverso l'utilizzo di un web browser o di una App che reindirizzano l'utente sul sito web o sull'apposita App del proprio istituto di credito; si limita così la capacità dei TPP di organizzare nuove modalità di pagamento per i clienti e i PISP si trovano a competere con i soggetti emittenti di carte di pagamento solo con riferimento ai pagamenti online¹²⁰.

L'operatività di un *Payment Initiation Service Provider* presso un punto di vendita fisico richiederebbe agli ASPSP, di predisporre di meccanismi di auten-

¹¹⁸ Regolamento Delegato (UE) 2018/389.

¹¹⁹ Si fa riferimento esclusivamente a quegli ASPSP che, ai sensi del menzionato art. 31 degli RTS., hanno deciso di avvalersi della prima opzione qui indicata e, pertanto hanno provveduto alla predisposizione di un'interfaccia dedicata esclusivamente alla comunicazione con i TP

¹²⁰ Parere dell'EBA sull'attuazione dell'RTS (EBA-Op-2018-04) e gli orientamenti dell'EBA sull'esecuzione dal meccanismo di emergenza ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 6, del RTS (EBA/GL/2018/07).

ticazione insiti nello strumento di pagamento fornito agli utenti dai PISP¹²¹: sul punto l'EBA ha chiarito che gli ASPSP non sono obbligati ad implementare sistemi di autenticazione specifici volti a consentire pagamenti attraverso l'utilizzo dei servizi forniti dai PISP, predisponendo apposite procedure rispetto a quelle create per i pagamenti eseguiti presso il prestatore di radicamento del conto¹²². Nessun obbligo in tal senso è infatti previsto dalla PSD2 e dagli RTS. Un PISP ha il diritto di avviare le medesime transazioni che sono offerte dall'ASPSP ai propri utenti; un ASPSP, nel momento in cui si trovi ad offrire ai propri clienti la possibilità di effettuare pagamenti istantanei presso specifici point of sales, dovrebbe anche consentire ai clienti stessi l'avviamento di pagamenti istantanei (con gli stessi limiti d'importo) presso specifici *point-of-sales* utilizzando i servizi forniti dai PISP¹²³.

L'EBA ha poi chiarito che in quasi tutti gli scenari, un solo flusso di *Strong Customer Authentication* (SCA) sarebbe sufficiente affinché l'utente possa autenticarsi verso la propria banca quando utilizza i servizi di TPPs autorizzati. Secondo la disciplina contenuta nella PSD2, un utente, al fine di effettuare un bonifico attraverso l'utilizzo dell'internet banking o della mobile app del proprio istituto di credito, è tenuto ad introdurre due volte le proprie credenziali di autenticazione: la prima per accedere all'interfaccia operativa scelta, la seconda per disporre l'ordine di bonifico¹²⁴. Nel momento in cui l'utente decida di effettuare un pagamento attraverso il servizio fornito da un PISP, se il PISP trasmette all'ASPSP tutte le informazioni necessarie per avviare il pagamento (numero di conto o l'IBAN del conto da addebitare), tale duplicazione, risulta essere per l'EBA un ostacolo all'operatività della terza parte, se l'ASPSP non dimostra che la richiesta è dettata da ragioni di sicurezza facilmente dimostrabili¹²⁵.

Diversa è la situazione nel caso in cui tutte le informazioni relative al conto di pagamento da addebitare non vengano trasmesse, al momento della richiesta di avvio del pagamento, all'ASPSP dal PISP: in tale circostanza è lo stesso utente che deve selezionare presso il proprio istituto di credito il conto da addebitare attraver-

¹²¹ Ad esempio, tramite una mobile App; EBA, *Guidelines on the exemption from the contingency mechanism under the RTS on SCA and CSC*, pubblicate il 4 dicembre 2018.

¹²² R. Frau, *Operazioni di home banking disconosciute dal correntista e responsabilità semioggettiva della banca*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 3, 855 ss.; V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 55 ss.

¹²³ A. Di Giorgio, B. Mascagni, *PSD2: gli ostacoli all'operatività dei TPPs alla luce dei chiarimenti dell'EBA*, in *www.dirittobancario.it*, 2020.

¹²⁴ art. 97, paragrafo 1, lett. a), b) e c) della PSD2 il quale dispone che: "Gli Stati membri provvedono a che un prestatore di servizi di pagamento applichi l'autenticazione forte del cliente quando il pagatore: a) accede al suo conto di pagamento online; b) dispone un'operazione di pagamento elettronico; c) effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi".

¹²⁵ A. Vivoli, *PSD2 a che punto siamo? Capire dove si annida l'inefficienza*, in *www.riskcompliance.it*, 2020.

so una transazione effettuata tramite l'utilizzo di un PISP; pertanto la richiesta di due autenticazioni, una per accedere all'elenco dei conti di pagamento e l'altro per autenticare il pagamento stesso, non costituisce ostacolo censurabile¹²⁶. La problematica che emerge in questo contesto è un'altra, e riguarda in particolare la pratica secondo la quale, al fine di utilizzare i servizi forniti dalle terze parti, all'utente venga chiesto di inserire il proprio IBAN. Nella sua *Opinion* l'EBA riconosce tale pratica come un impedimento censurabile nel caso di TPPs autorizzati alla prestazione del servizio di accesso ai conti e accordati, a cura dell'utente, all'accesso delle informazioni relative a tutti i conti dallo stesso detenuti presso uno o più istituti di credito; il TPP può così inviare all'ASPSP un'apposita richiesta per l'accesso al conto o per l'avvio del pagamento, con tutti i dettagli del conto medesimo.

Diversa ancora, è la situazione dei PISP autorizzati esclusivamente al servizio di disposizione di ordini di pagamento: ai sensi della Direttiva, un PISP non è autorizzato ad accedere all'elenco di tutti i conti di pagamento dell'utente. L'ASPSP ha l'obbligo di comunicare al PISP l'IBAN del conto da addebitare, se quest'ultimo non lo comunica all'ASPSP e l'utente deve selezionarlo in maniera manuale dall'interfaccia dell'istituto di credito¹²⁷.

In relazione alla richiesta di autenticazione nell'ambito del servizio di accesso ai conti, si ricordi che la normativa della PSD2 prevede l'applicazione delle procedure di SCA quando un utente accede al proprio conto o ai propri conti di pagamento online, sia attraverso le interfacce messe a disposizione dagli istituti di credito di radicamento del conto, sia tramite un AISP. Se l'utente si avvale di un AISP e attraverso la relativa interfaccia può visualizzare solo una serie limitata di dati, l'art. 10 degli RTS prevede un'esenzione dall'obbligo di applicare la SCA per ogni accesso. Nonostante ciò, si richiede l'applicazione della *Strong Customer Authentication* almeno ogni 90 giorni per permettere all'utente di rinnovare la propria scelta di avvalersi del servizio di accesso ai conti e permettere agli AISP di visualizzare le informazioni¹²⁸.

Secondo alcuni operatori del mercato, l'obbligo di riautenticazione da parte degli utenti ogni 90 giorni, avrebbe potuto incidere negativamente sul servizio promosso dagli AISP, come nel caso di utilizzo da parte di utenti che possiedono più conti di pagamento presso istituti di credito diversi; l'utente deve auten-

¹²⁶ V. Profeta, *I Third Party Providers: profili soggettivi ed oggettivi*, in F. Maimeri, M. Mancini (a cura di), *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD 2, criptovalute e rivoluzione digitale*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 87, Settembre 2019, 60 ss.

¹²⁷ Tali informazioni vanno oltre l'ambito dei dati cui i PISP hanno diritto ad accedere ai sensi dell'articolo 66, par. 4, lettera b), della PSD2 e dell'articolo 36, par. 1, lettera b), degli RTS.

¹²⁸ Linee guida dell'EBA sugli accordi di esternalizzazione (EBA/GL/2019/02).

ticarsi presso ciascun ASPSP per permettere all'AISP di accedere ai dati di tutti i conti selezionati¹²⁹.

A tal riguardo, l'EBA nel parere in oggetto si è pronunciata stabilendo che la riautenticazione ogni 90 giorni, non è affatto un ostacolo ma un punto di equilibrio tra le finalità di agevolazione della concorrenza perseguite dalla PSD2 e la facilità d'utilizzo dei servizi dei TPPs da parte dei consumatori. Per l'EBA, le autorità competenti di ciascun Stato Membro debbono incoraggiare i prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto ad avvalersi dell'esenzione ex art. 10, permettendo così un accesso continuato agli AISP per un periodo di 90 giorni, prima di richiedere una nuova autenticazione all'utente: ciò al fine di evitare eventuali complicazioni per gli utenti stessi in relazione all'uso delle applicazioni degli AISP¹³⁰.

Per l'Autorità gli ASPSP e non i TPPs hanno l'obbligo di provvedere all'esecuzione da parte degli utenti delle procedure di autenticazione forte; le terze parti però possono essere delegate a procedere in tal senso attraverso appositi accordi di esternalizzazione conformi alla normativa applicabile.

Ultimo aspetto toccato dall'EBA nella sua *Opinion* del 4 giugno 2020 è quello relativo ai controlli aggiuntivi sul consenso, questione tra le più dibattute sin dal momento della pubblicazione della PSD2. Gli istituti di credito operanti sul mercato, infatti, si sono chiesti se fosse possibile proporre ai propri utenti un unico consenso iniziale e generale rispetto all'utilizzo dei servizi offerti dalle terze parti. Secondo l'art. 32, paragrafo 3, degli RTS la richiesta di "ulteriori verifiche del consenso dato dagli utenti dei servizi di pagamento ai PISP e agli AISP" sarebbe un potenziale ostacolo all'operatività dei TPP. Con un precedente parere sull'attuazione dell'RTS l'EBA, ha già chiarito che l'obbligo dei TPPs è diretto a garantire l'ottenimento del consenso esplicito da parte degli utenti secondo quanto previsto dall'art. 66, paragrafo 2 e, dell'art. 67, paragrafo 2, lett. a), della PSD2; gli ASPSP non devono verificare il consenso dato dagli utenti ai PISP e agli AISP e viene messo in evidenza che, anche un consenso generale richiesto dagli ASPSP agli utenti *ex ante*, è da considerarsi un ostacolo ai sensi dell'art. 32, paragrafo 3, degli RTS¹³¹.

Per l'Authority, i termini e le condizioni contrattuali che gli ASPSP propongono alla propria clientela «non dovrebbero contenere disposizioni che rendano più difficile, in qualsiasi modo, l'utilizzo dei servizi di pagamento di altri presta-

¹²⁹ A. Di Giorgio, B. Mascagni, *PSD2: gli ostacoli all'operatività dei TPP alla luce dei chiarimenti dell'EBA*, in www.dirittobancario.it, 2020.

¹³⁰ A. Vivoli, *PSD2 a che punto siamo? Capire dove si annida l'inefficienza*, www.riskcompliance.it, 2020; D. Girompini, *PSD2 e Open Banking. Nuovi modelli di business e ruolo delle banche*, in *Bancaria*, 2018, 1, 70 ss.

¹³¹ A. Vivoli, *PSD2 a che punto siamo? Capire dove si annida l'inefficienza*, in www.riskcompliance.it, 2020.

tori di servizi di pagamento autorizzati o registrati ai sensi della Direttiva»¹³². Il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto può, previa richiesta del proprio utente, negare l'accesso ai conti di pagamento del cliente, a uno o più TPPs. Il medesimo ragionamento viene fatto dall'EBA in relazione alle pratiche poste in essere dai prestatori di servizi di pagamento di radicamento del conto ed in particolare con riferimento alla richiesta, ai TPP, dell'espletamento di procedure di registrazione supplementari per l'accesso all'interfaccia dell'ASPSP e alle informazioni dei conti di pagamento degli utenti di quest'ultimo¹³³.

In proposito, l'EBA evidenzia come l'art. 32, paragrafo 3, degli RTS menziona tra gli ostacoli potenziali all'attività dei TPP anche eventuali «autorizzazioni e registrazioni supplementari oltre a quelle previste dagli articoli 11, 14 e 15 della PSD2». Non si è in presenza di ostacoli quando alcuni processi di registrazione sono tecnicamente necessari per consentire una comunicazione sicura con la banca: si pensi al caso in cui sia necessaria una preregistrazione dell'app del TPP per consentire una comunicazione sicura con l'App di autenticazione della banca e tale registrazione viene elaborata in modo tempestivo non creando rallentamenti inutili per il cliente finale¹³⁴.

10. I lavori di revisione della PSD2

La Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, prevede all'art. 108 una clausola di revisione ai sensi della quale la Commissione è tenuta a presentare al Parlamento europeo, al Consiglio, alla BCE e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione e sull'impatto della PSD2. Il 20 ottobre 2021, la Commissione ha presentato all'Autorità Bancaria Europea una *Call for Advice* (CfA) avente la l'obiettivo di raccogliere informazioni sull'applicazione e sull'impatto della PSD2 e di identificare, tramite analisi degli sviluppi di mercato, tutti gli aspetti sui quali sarebbe necessario un intervento nell'ambito della revisione della PSD2¹³⁵.

Il 23 giugno 2022, l'EBA ha pubblicato le proprie risposte alla CfA della Commissione con l'*Opinion of the European Banking Authority on its technical*

¹³² Considerando 69 della PSD2.

¹³³ A. Vivoli, *PSD2 a che punto siamo? Il percorso a ostacoli dell'Open Banking alla luce dell'Opinion EBA del 4 giugno 2020*, in www.riskcompliance.it, 2020.

¹³⁴ Parere dell'EBA sull'attuazione dell'RTS (EBA-Op-2018-04) e gli orientamenti dell'EBA sull'esenzione dal meccanismo di emergenza ai sensi dell'articolo 33, paragrafo 6, del RTS (EBA/GL/2018/07); A. Di Giorgio, B. Mascagni, *PSD2: gli ostacoli all'operatività dei TPP alla luce dei chiarimenti dell'EBA*, in www.dirittobancario.it, 2020.

¹³⁵ Commissione Europea, *Call for advice to the European Banking Authority (EBA) regarding the review of Directive (EU) 2015/2366 (PSD2)*, in www.ec.europa.eu.

advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market, divisa in 9 sezioni e contenente l'osservazione dell'EBA in risposta alle 28 domande poste dalla Commissione¹³⁶.

In primis, a seguito di incertezze relative all'interpretazione dei vari servizi di pagamento sorte tra gli operatori del mercato, l'EBA ritiene che, sebbene i servizi di pagamento elencati nell'Allegato I della PSD2 assicurino neutralità dal punto di vista tecnologico e di business, potrebbe essere necessario chiarire gli elementi distintivi tra l'esecuzione di bonifici e il servizio di rimessa di denaro. Infatti, anche se in alcuni casi i modelli di business utilizzati nel mercato sono simili, i due servizi di pagamento soggetti ad un trattamento normativo differenziato¹³⁷. Secondo l'EBA, al fine di distinguere i due servizi, potrebbe essere necessario chiarire che l'esecuzione di bonifici debba essere accompagnata dall'apertura di un conto a nome dell'utente di servizi di pagamento.

Dai numeri 3 e 4 dell'Allegato I della PSD2, emerge che le operazioni di pagamento ivi disciplinate sono sostanzialmente identiche tra loro e si differenziano esclusivamente per il fatto che i servizi di cui al numero 4 dell'Allegato I prevedono l'esistenza di una linea di credito accordata all'utente di servizi di pagamento. Secondo l'EBA, tali servizi potrebbero essere accorpati in un servizio di pagamento unico. Al contrario, i servizi di emissione di strumenti di pagamento e di convenzionamento di operazioni di pagamento (c.d. *acquiring*) presentano caratteristiche diverse tra loro e dovrebbero costituire, per tale motivo, due servizi di pagamento distinti e autonomi.

In relazione all'ambito di applicazione della PSD2, l'Autorità europea ha analizzato, tra tutti, il servizio di informazione sui conti, riscontrando la necessità di fornire chiarimenti in merito alle attività che un prestatore di tale servizio può svolgere; in particolare, è auspicabile valutare se lo stesso possa fornire informazioni consolidate sui conti di pagamento in maniera esclusiva all'utente di servizi di pagamento o anche direttamente a terzi, previo espresso consenso dell'utente. L'EBA, manifestando una preferenza per la seconda opzione, ritiene necessario un chiarimento di tale aspetto all'interno della Direttiva stessa¹³⁸.

Circa l'ambito di applicazione negativo della PSD2, sono state numerose le richieste di chiarimenti pervenute all'Autorità in relazione in particolare alla cosiddetta *limited network exemption*, ossia l'esenzione sui servizi prestati sulla base di stru-

¹³⁶ <https://www.dirittobancario.it/art/modifiche-alla-psd2-sui-servizi-di-pagamento-le-proposte-delleba/>.

¹³⁷ Ad esempio, diversi sono i requisiti in tema di capitale iniziale e fondi propri per gli istituti di pagamento (IP) che offrono tali servizi; v. E. Zeppieri, *Revisione della PSD2: analisi dell'Opinion EBA*, in www.dirittobancario.it, 2022.

¹³⁸ Ciò è già stato dall'EBA nelle proprie Q&A in risposta alle domande degli operatori del mercato e, in particolare, nella Q&A 4098.

menti a spendibilità limitata. Lo scorso febbraio l'EBA nei suoi Orientamenti sull'esclusione relativa alle reti limitate a norma della direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, ha chiarito che, gli strumenti di pagamento che permettono al detentore di acquistare beni o servizi esclusivamente nei locali dell'emittente, possono essere utilizzati soltanto in locali fisici e non i punti vendita online¹³⁹.

I suddetti Orientamenti hanno analizzato dunque molte delle questioni sollevate dal mercato sull'esenzione in questione, e pertanto l'EBA propone di includere gli stessi nella Direttiva o di ricevere un mandato dagli organi europei per la redazione di norme tecniche di regolamentazione.

Sull'esenzione relativa alle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale, l'EBA ha mostrato ancora la presenza di una serie di carenze e lacune nel testo della Direttiva ed ha in particolare evidenziato la necessità di chiarire alcuni di questi aspetti all'interno dell'atto europeo; è stato notato infatti che gli agenti commerciali sono spesso identificati sulla base di disposizioni di diritto nazionale divergenti tra loro. La dicitura "negoziare o concludere" non appare abbastanza esaustiva soprattutto in caso di contratti conclusi digitalmente; ancora sarebbe del tutto certo che un soggetto che a seguito dell'accettazione del pagamento consegna beni per conto del venditore, possa beneficiare dell'esenzione in esame. Permangono infine dubbi da chiarire sull'applicabilità o meno dell'esenzione ai c.d. *escrow agent* e ad alcune piattaforme¹⁴⁰.

È stata ravvisata altresì la necessità di fornire delucidazioni anche con riferimento alla cosiddetta esenzione sugli ATM (*Automatic Teller Machine*) indipendenti ex art. 3 della PSD2. L'EBA ha sottolineato infatti la presenza di lacune in relazione al caso in cui un gestore di ATM agisce per conto di un prestatore di servizi di pagamento (PSP) in qualità di emittente di carte di pagamento. Non è affatto chiaro se in queste circostanze sia necessaria la conclusione di un accordo negoziale tra il gestore di ATM ed il singolo PSP emittente di carte di pagamento o se, di contro, possa essere sufficiente la conclusione di un mero contratto quadro con uno schema di carte di pagamento.

In relazione al servizio *cash-in-shop*, che consente all'utente di servizi di pagamento di prelevare contante dall'esercente con la propria carta senza effettuare alcun acquisto, l'Autorità europea ha messo in evidenza che mentre per alcuni operatori del mercato il fenomeno potrebbe essere ricondotto al servizio di *acquiring*¹⁴¹, assimilabile al *cash-back*, per altri, ricadrebbe nell'esenzione ex art. 3 della PSD2 sugli ATM indipendenti. È stato così proposto dall'EBA di chiari-

¹³⁹ <https://www.dirittobancario.it/art/psd2-linee-guida-eba-sugli-strumenti-di-pagamento-utilizzabili-in-modo-limitato/>.

¹⁴⁰ E. Zeppieri, *Revisione della PSD2: analisi dell'Opinion EBA*, in www.dirittobancario.it, 2022.

¹⁴¹ Convenzionamento di operazioni di pagamento; M. M. Pimpinella, G. Carrafiello, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti*, Milano, 2016, 9 ss.

re se tali servizi rientrano nell'ambito di applicazione positivo della PSD2 e chi, in tal caso, debba essere considerato l'effettivo prestatore del servizio o se, invece, debbano essere esclusi dall'ambito di applicazione della Direttiva in ragione del minor rischio loro connesso.

Criticità sono state riscontrate con l'*Opinion* in esame, anche in riferimento alle operazioni *one-leg* riguardanti la *Strong Customer Authentication*, e, in particolare, al fatto che alcuni al fine di eludere l'obbligo di effettuare la SCA concludono contratti per l'accettazione dei pagamenti con *acquirers* avente base in Stati terzi, laddove tale misura di sicurezza non è richiesta. Tale prassi per l'EBA, sembrerebbe non essere consentita dalla PSD2¹⁴².

Quanto agli schemi di carte di pagamento, l'Autorità ha osservato come questi rivestono particolare importanza per il rispetto degli obblighi principali previsti dalla PSD2, in particolare l'applicazione della SCA. Gli schemi di carte di pagamento forniscono protocolli di comunicazione usati dai PSP per effettuare l'autenticazione forte ed eventuali malfunzionamenti potrebbero avere effetti significativi sul rispetto della misura di sicurezza medesima. Anche gli esercenti svolgono a tal riguardo un ruolo molto importante. Premesso quanto sopra, l'EBA suggerisce di prevedere nella Direttiva specifici obblighi in capo agli schemi di carte di pagamento e agli esercenti al fine di assicurare un'adeguata applicazione della SCA¹⁴³.

Anche per i servizi di *payment gateway*, nonostante sia stata ravvisata la necessità di non ricomprenderli del tutto nell'ambito di applicazione della Direttiva essendo servizi di natura tecnica, l'*European Authority* propone di introdurre delle modifiche che prevedano alcune disposizioni specifiche loro applicabili.

Con riferimento ai prestatori di servizi di portafoglio digitale (*e-wallet*), quest'ultima ha ritenuto invece che l'emissione di un token collegato ad uno strumento di pagamento o al conto di pagamento dell'utente di servizi di pagamento costituisca emissione di uno strumento di pagamento; tale attività, pertanto, rientrerebbe già ora nell'ambito di applicazione della PSD2¹⁴⁴.

¹⁴² P. Montella, *L'autenticazione ad accesso forte (Strong customer Authentication) e la responsabilità del Prestatore del servizio di pagamento alla luce delle modifiche al d.lgs. n. 11 del 27 dicembre 2010*, in *De Iustitia*, 124 ss.; V. Falce, *Dalla self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2015, 55 ss.; M.R. Farina, *Responsabilità degli intermediari bancari e finanziari e sistemi di internet banking: aggressione informatica e protezione del cliente*, in C.G. Corvese, G. Gimigliano, *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016, 97 ss.

¹⁴³ E. Zeppieri, *Revisione della PSD2: analisi dell'Opinion EBA*, in *www.dirittobancario.it*, 2022; EBA, *Guidelines on the exemption from the contingency mechanism under the RTS on SCA and CSC*, pubblicate il 4 dicembre 2018.

¹⁴⁴ R. Pardolesi e A. Davola, *«Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchasea*, in *Foro Italiano*, 4, V, 2019, 83 ss.; R. Ferrari, *L'era del Fintech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, 17 ss.

Novità rilevanti hanno interessato poi l'autenticazione forte del cliente in relazione alla quale l'EBA ha esaminato varie aree che potrebbero essere oggetto di modifiche e puntualizzazioni. Con specifico riguardo ai casi di esternalizzazione, nonostante in via generale sia previsto che la responsabilità per la corretta applicazione della SCA ricada sul PSP che ha emesso le credenziali di sicurezza personalizzate dello strumento di pagamento, l'Autorità ha proposto di indicare in maniera più chiara nella Direttiva i soggetti responsabili nei casi di esternalizzazione e/o delega a terzi per l'applicazione della SCA: proprio nelle Q&A 4047 e 4651, l'EBA ha evidenziato, rispettivamente, che i PSP possono utilizzare la tecnologia fornita da soggetti terzi¹⁴⁵ al fine di supportare l'applicazione della SCA, mentre i PSP possono utilizzare credenziali biometriche registrate nel singolo dispositivo, previa verifica del rispetto dei requisiti di sicurezza. Tuttavia, è stata registrata l'assenza in alcuni casi di un vero rapporto contrattuale tra il PSP ed il produttore del dispositivo mobile; quest'ultimo a volte possiede il controllo sulla corretta applicazione della SCA. Questo meccanismo sembra comportare significative criticità nel momento in cui il PSP non si trovi a non operare un adeguato controllo sulle misure di sicurezza utilizzate ed il rispetto dei requisiti previsti dalla PSD2 e dalle norme tecniche di regolamentazione. Per questi motivi per l'EBA sarebbe auspicabile indicare chiaramente nella Direttiva se l'utilizzo di queste tecnologie fornite da terzi richieda un accordo di esternalizzazione o meno. Ciò è valido anche per la delega da parte di PSP a PISP e AISP¹⁴⁶.

Altro profilo di interesse riguarda l'applicabilità di quanto contenuto nel Considerando 95 della PSD2, ai sensi del quale la sicurezza dei pagamenti elettronici è fondamentale per garantire la protezione degli utenti del commercio elettronico. I servizi di pagamento offerti elettronicamente devono risultare sicuri e affidabili, e devono essere prestati tramite l'adozione di tecnologie che siano in grado di garantire l'autenticazione sicura dell'utente, riducendo così il rischio di frode. Dalla disciplina però non sembrerebbe ravvisarsi la necessità di garantire lo stesso livello di protezione per tutte le operazioni di pagamento eseguite con modalità diverse rispetto all'uso di dispositivi elettronici¹⁴⁷. Queste esclusioni sono state oggetto di chiarimenti da parte dell'Autorità europea: con riferimento all'esclusione dell'applicazione della SCA per le operazioni disposte dagli esercenti (*Merchant Initiated Transaction*, MIT), l'EBA suggerisce di introdurre nell'atto comunitario alcune previsioni che contenessero: una definizione chiara di MIT, la disciplina del mandato elettronico per le operazioni disposte dal beneficiario/

¹⁴⁵ Ad esempio, smartphone per la rilevazione dell'impronta digitale.

¹⁴⁶ E. Zeppieri, *Revisione della PSD2: analisi dell'Opinion EBA*, in www.dirittobancario.it, 2022.

¹⁴⁷ Si fa riferimento ad operazioni di pagamento su supporto cartaceo, ordini per corrispondenza o ordini telefonici; M. Fava, *Strong customer authentication, A business perspective*, Relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018.

esercente che chiarisca così l'applicabilità della SCA alla creazione del mandato, i limiti al numero di operazioni di pagamento da eseguire e infine chiarimenti sul rapporto tra MIT e addebiti diretti.

Previsioni specifiche, al contempo, dovrebbero essere introdotte per la tematica degli ordini per corrispondenza e gli ordini telefonici (*Mail Order or Telephone Order*, MOTO)¹⁴⁸. Secondo l'EBA, infatti, dovrebbero essere introdotta una definizione chiara di MOTO all'interno della Direttiva, diretta a limitare il più possibile l'ambito di applicazione dell'esenzione dalla SCA. Ad una più ampia definizione, corrisponderebbe un più elevato rischio di frode¹⁴⁹.

Circa la responsabilità per mancata applicazione della SCA, secondo l'EBA, la Commissione dovrebbe introdurre delle misure più efficaci al fine di assicurare un'applicazione più ferrea disposizioni in tema di SCA e prevedere che, in tutti i casi in cui la SCA e altre misure di sicurezza non vengano applicate a causa della mancata adozione da parte dell'esercente di soluzioni adeguate, la responsabilità in caso di operazioni di pagamento non autorizzate passi dal PSP del beneficiario all'esercente¹⁵⁰.

Per concludere, nella sua recente *Opinion* del 2022, l'*European Authority* ha indicato la necessità di introdurre chiarimenti con riferimento alla classificazione delle operazioni di rimborso e della conseguente applicabilità a queste della SCA. Più in particolare, ci si è chiesti se un rimborso costituisca un'operazione di pagamento autonoma e indipendente o se si tratti di un semplice diritto degli esercenti nell'ambito del servizio di *acquiring*: è stato così chiarito che, il rimborso disposto da un esercente-pagatore, rappresenta un'operazione di pagamento elettronico e, per tale motivo, il PSP dell'esercente dovrebbe applicare la SCA, a condizione che non sia applicabile un'esenzione¹⁵¹.

11. *Considerazioni conclusive*

A seguito dell'analisi della recente disciplina relativa ai servizi di pagamento, sembrerebbe emergere che le leggi europee di ultima generazione si pongono con maggior forza in un'ottica di tutelare l'utilizzatore di servizi di pagamento, oltre-

¹⁴⁸ Numerose sono state le Q&A pubblicate dall'EBA sul tema.

¹⁴⁹ Per l'EBA sarebbe auspicabile prevedere dei requisiti di sicurezza minimi. L'Autorità ha evidenziato come spesso le operazioni di pagamento vengano classificate come MIT e MOTO al solo scopo di eludere l'obbligo di applicazione della SCA. L'introduzione di definizioni e previsioni specifiche dovrebbe eliminare o almeno ridurre tale prassi; M. Fava, *Strong customer authentication, A business perspective*, cit.

¹⁵⁰ E. Zeppieri, *Revisione della PSD2: analisi dell'Opinion EBA*, in www.dirittobancario.it, 2022.

¹⁵¹ EBA, Q&A 4855.

ché di protezione del risparmio che i clienti depositano nei conti di pagamento ai fini di un utilizzo corretto e consapevole degli stessi.

L'analisi puntuale condotta dall'EBA, sia sui potenziali ostacoli nella prestazione di servizi di disposizione di ordini di pagamento o informativi sui conti, sia sui vari aspetti e lacune contenute nella PSD2 che meritano di essere attenzionate in una prospettiva di revisione della Direttiva stessa, sembrerebbe al contempo essere diretta principalmente alle Autorità di vigilanza nazionali che hanno il compito di vigilare sulla conformità delle interfacce di accesso ai conti predisposte dalle banche ai requisiti tecnici regolamentari, seguendo i chiarimenti contenuti nella *Opinion* del 2020. In tale contesto, tale "guida" ha avuto la finalità di garantire una corretta funzionalità dell'*open banking*, fenomeno attraverso il quale, soprattutto nell'era post pandemica, la prestazione dei servizi di pagamento e la gestione dei conti non vengono più affidate esclusivamente alle banche ed alle istituzioni finanziarie, ma a nuovi *player* del mercato che hanno sempre di più la possibilità di fidelizzare parte della clientela tramite l'utilizzo di strumenti tecnologici. Questo importante documento ha trovato un pieno e positivo riscontro da parte dell'*European Third Party Providers Association (ETPPA)*¹⁵², associazione formata da Fintech di derivazione non bancaria che offrono servizi AIS o PIS.

Il cliente finale beneficia così di un numero maggiore di servizi nel settore dei pagamenti: risulta pertanto necessario assicurarsi sia che tale estensione si realizzi in concreto, sia che garantisca in ogni caso una piena tutela della trasparenza e della sicurezza dei pagamenti effettuati dagli utenti. Ciò può realizzarsi soltanto attraverso le attività delle Autorità competenti dei singoli Stati Membri, importanti non soltanto ai fini del controllo e della vigilanza della tutela dei consumatori, ma anche per sensibilizzare l'utilizzo dei nuovi strumenti di pagamento digitale¹⁵³.

Sempre di più negli ultimi tempi si sta assistendo all'evoluzione delle banche come vere e proprie piattaforme di servizi integrati che si propongono come TPP rispetto ai *competitors*¹⁵⁴. A partire dal 2020 infatti, numerosi istituti di credito hanno provveduto ad integrarsi con TPP, consentendo così anche ai propri clienti di raccogliere informazioni e attuare operazioni favorendo, allo stesso tempo, la creazione di nuove forme di cooperazione, anche con *startup* innovative¹⁵⁵.

A tal proposito l'EBA, in un contesto di piena diffusione delle banche digitali, auspica sempre di più un intervento delle Autorità che possa comportare il

¹⁵² V. www.etppa.org.

¹⁵³ Il documento pubblicato dalla Banca d'Italia il 15 giugno 2020, rubricato "I pagamenti nel commercio elettronico: una mappa per orientarsi" contiene delle linee guida per tutti i soggetti "che comprano beni o servizi online e vogliono capire meglio come funzionano i pagamenti sul web".

¹⁵⁴ Banca 5 è stata la prima banca italiana ad operare come TPP: www.banca5.com.

¹⁵⁵ M. Fava, *Strong customer authentication, A business perspective*, Relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018.

superamento degli ostacoli richiamati e che possa dare maggiore chiarezza ad una normativa che presenta tutt'ora alcuni punti dubbi «al fine di creare un sistema dei pagamenti europeo “open” digitale e sicuro, nel quale il cliente possa liberamente utilizzare gli strumenti che ritiene più adatti alle sue esigenze»¹⁵⁶.

È dunque possibile affermare che la PSD2 ha portato con sé tutti gli elementi necessari a trasformare il mercato dei servizi bancari, rendendolo “open”. Utili senza ombra di dubbio sono state le lezioni apprese da settori e mercati che sono stati già impattati dalle normative europee come, ad esempio, nel settore delle telecomunicazioni o quello dell'energia. La liberalizzazione del settore bancario potrà arrecare sfide non troppo dissimili da quelle portate dai *Mobile Virtual Network Operator* nella telefonia mobile, che offrono servizi dedicati a specifici segmenti di clientela attraverso l'utilizzo di *billing e provisioning* di operatori *core*.

Nonostante ciò, è persistente la probabilità che i nuovi soggetti, attori del mercato derivanti dal recepimento della normativa europea, siano comunque di estrazione bancaria (come è accaduto nella prima fase delle normative relative agli istituti di pagamento e degli IMEL): per evitare, dunque, che le aperture del mercato avvengano solo attraverso il proliferare dei soli soggetti afferenti al mondo bancario, sarà necessario che tutte le normative future di attuazione della PSD2 siano dirette a tutelare i nuovi soggetti che entrano nel mercato stesso anche con posizioni asimmetriche, in un'ottica di tutela anche degli utenti/consumatori¹⁵⁷.

Il rischio concreto per l'utente di tali servizi collegato alle banche e ai nuovi soggetti riguarda, *in primis*, la frode nell'utilizzo delle credenziali di autenticazione, che questi soggetti possono porre in essere direttamente o indirettamente tramite altre figure. I rischi sempre più elevati (tra i quali ad esempio il “phishing” o l'hackeraggio) stanno contribuendo a diffondere una diffidenza generale verso le nuove tecnologie, causata anche dalle difficoltà di individuare e perseguire gli autori degli illeciti che spesso operano in Paesi extra-UE. Per tale motivo, l'elevazione degli standard minimi di sicurezza dei clienti e dei loro dati e la previsione della *Strong Customer Authentication* costituiscono senza ombra di dubbio il fulcro di tutta dell'architettura della PSD2¹⁵⁸.

Il cambiamento normativo deve dunque portare con sé una trasformazione sistemica del mondo dei servizi di pagamento. Le banche potranno sviluppare ulteriori modelli di business cogliendo quelle che sono le potenzialità di un

¹⁵⁶ Così A. Di Giorgio, B. Mascagni, *PSD2: gli ostacoli all'operatività dei TPP alla luce dei chiarimenti dell'EBA*, in *www.dirittobancario.it*, 2020.

¹⁵⁷ A.M. Benedetti, *La difesa del consumatore dal contratto e la natura ‘ambigua’ dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto*, Torino, 2011, 3 ss.

¹⁵⁸ L. Ammannati, *Il paradigma del consumatore nell'era digitale: consumatore digitale o digitalizzazione del consumatore?*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, 24 ss.; E. Zeppieri, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Dir. banc.*, 2018, 10 ss.

mercato sempre più presidiato da *players* innovativi e, dal canto loro, le *fintech* potranno beneficiare di un'apertura strutturale del mondo dei servizi bancari per fornire al cliente prodotti e servizi del tutto innovativi. Il miglioramento dei livelli di sicurezza per come prescritti e promossi dal quadro normativo di riferimento, che sono alla base delle offerte contrattuali del settore dei pagamenti, dovrà essere una scelta "obbligata" dell'operatore del mercato e sarà «uno degli elementi sui cui fondare la concorrenza tra le imprese di settore»¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Così R. Motroni, *La PSD2 tra soggetti e oggetto della tutela*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 2, 421.

I Third Party Providers e l'accesso ai conti bancari nella disciplina giuridica dei servizi di pagamento: problemi e prospettive

Partendo dalle innovazioni introdotte dalla direttiva 2015/2366/UE (c.d. *Payment service directive 2 - PSD2*), attuata in Italia con il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, il presente saggio intende esaminare in particolare la disciplina relativa ai *Third Party Providers* (TPPs), i nuovi intermediari prestatori del servizio di disposizione di ordini di pagamento (*Payment initiation service - PIS*) e di informazione sui conti (*Account information service - AIS*). L'attuale disciplina giuridica pone numerose questioni che riguardano la tutela degli utenti dei servizi di pagamento e il regime di responsabilità degli intermediari che svolgono le attività di prestazione di tali servizi, in un delicato ma necessario, ancorché mutevole, bilanciamento tra perseguimento degli interessi pubblici e autonomia degli operatori del mercato di riferimento.

Starting from the innovations introduced by the directive 2015/2366/UE (so-called *Payment service directive 2 - PSD2*), implemented in Italy with the legislative decree 15 December 2017, n. 218, this essay intends to examine in particular the regulations relating to *Third Party Providers* (TPPs), the new intermediaries providing the service of provision of payment orders (*Payment initiation service - PIS*) and information on accounts (*Account information service - AIS*). The current legal framework raises numerous issues concerning the protection of users of payment services and the liability regime of intermediaries who carry out the activities of providing such services, in a delicate but necessary, albeit changing, balance between the pursuit of public interests and autonomy of the operators in the market.

Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose*

Francesco Manganaro, Rocco Parisi

SOMMARIO: 1. Il controllo statale sugli enti locali. 2. Lo scioglimento degli organi elettivi degli enti locali. 3. Il decreto di scioglimento come atto di alta amministrazione. 4. La controversa natura preventiva o sanzionatoria del provvedimento di scioglimento. 5. Le modifiche dell'art. 143 TUEL. 6. Il procedimento di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali. 7. La debolezza della verifica giurisdizionale: il controllo estrinseco sul provvedimento di scioglimento. 8. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Il controllo statale sugli enti locali*

Il tema dello scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata è «un tema piuttosto negletto tra i giuristi»¹, pur coinvolgendo interessi pubblici rilevanti ed essendo una fattispecie assai peculiare di controllo governativo sugli enti locali.

Come è noto, la tradizionale definizione della funzione di controllo indica la possibilità che un organo o un ente possa sindacare l'operato di un altro organo o di un altro ente, sempre al fine di realizzare gli interessi pubblici che l'or-

* Il lavoro è oggetto di una riflessione comune; in particolare i parr. 1, 8 sono di Francesco Manganaro; i parr. 2-7 sono di Rocco Parisi.

¹ Così M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, in *Dir. Amm.*, 2018, 1, 77. Sul punto: R. Rolli, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, Roma, 2013; V. Montaruli, *Lo scioglimento degli organi elettivi degli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, Napoli, 2014; F.G. Scoca, *Scioglimento di organi elettivi per condizionamento della criminalità organizzata*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1722 ss.; R. Rolli, *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario*, in *Ist. del fed.*, 2022, 15 ss. Più in generale, sull'influenza della criminalità organizzata nell'amministrazione pubblica: F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Atti del Convegno di Copanello, 28-29 giugno 2013, Milano, 2014.

gano o l'ente controllato avrebbe dovuto tutelare². Si possono così individuare controlli sugli organi, sugli atti, sulla gestione; in particolare, il controllo esterno tra enti appare palesemente contrapposto al concetto di autonomia³, con una limitazione dell'attività dell'ente controllato, attraverso l'esercizio di poteri che possono giungere, ove la legge lo preveda, all'eventuale scioglimento dei suoi organi di governo⁴.

Il controllo statale sugli organi degli enti territoriali assume una natura sostanzialmente politica, concretizzando la preminenza dell'ordinamento giuridico statale su quello particolare dell'ente locale, soprattutto quando si estrinseca in provvedimenti di scioglimento dei consessi elettivi democraticamente eletti⁵.

Il controllo sugli organi degli enti locali è attribuito allo Stato fin dalla legge dell'unificazione n. 2248 del 1865 ed è rimasto ancora vigente, al contrario di quanto è invece avvenuto per il controllo sugli atti, che, inizialmente previsto anche in Costituzione, è venuto via via declinando fino all'abrogazione della norma costituzionale che lo prevedeva, avvenuta con la riforma costituzionale del 2001.

L'esigenza unificatrice del nuovo Stato nazionale poteva essere un motivo, seppure opinabile, per un controllo sostitutivo sugli organi, a garanzia dell'unità appena realizzata. La natura dei controlli attivati dallo Stato nazionale sugli enti locali si configura, fin da subito, come vigilanza assoluta nei confronti degli enti territoriali; un sistema di controlli fortemente accentrato, con un'impostazione di tipo repressivo, che considera le amministrazioni locali come enti subordinati e li configura come organi di amministrazione indiretta dello Stato. Enti locali che sono tenuti a perseguire interessi statali e perciò sottoposti ad un penetrante controllo, di legittimità e di merito, in ossequio al principio della titolarità statale della funzione amministrativa⁶.

La legge comunale e provinciale contenuta nell'allegato a) della legge 2248/1865 è caratterizzata da un impianto fortemente centralistico e gerarchico,

² Tra gli innumerevoli lavori sul tema del controllo, si segnalano: G. Berti, L. Tumati, *Controlli amministrativi*, in *Enc. del Dir.*, X, Milano, 1962, 302 ss.; M. S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; S. Cassese (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; U. Allegretti (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; G. Berti, N. Marzona, *Controlli amministrativi*, in *Enc. del Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 471 ss.

³ G. Berti, *Art. 5*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, 1975, 277. Sul punto: M.S. Giannini, *Autonomia (teoria gen. e dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959; A. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 30 ss.; R. Bifulco, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 132 ss.; F. Benelli, *Art. 5*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

⁴ G. Pastori, *Trasformazioni dell'amministrazione e controlli*, in Aa. Vv., *Democrazia, Amministrazione, Controlli*, Atti del convegno 23-24 febbraio 2007, Napoli, 2008, 28.

⁵ R. Rolli, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, cit., 49.

⁶ R. Rolli, *Il comune degli altri. Lo scioglimento degli organi di governo degli enti locali per infiltrazioni mafiose*, cit., 52.

che attribuisce al prefetto un'estesa funzione di vigilanza, che si estrinseca in un controllo di legittimità teso alla regolarità formale di tutte le delibere del consiglio e della giunta. Impostazione mantenuta e rafforzata in epoca fascista con il t. u. n. 383 del 1934, che azzerò la già minima autonomia politica, visto che il sindaco viene sostituito dal podestà di nomina governativa. Quanto all'attività amministrativa, gli enti locali divengono enti "ausiliari" dello Stato, che attraverso il prefetto aggiunge al controllo di legittimità quello di merito⁷. L'art. 5 della Costituzione, vera pietra miliare del nuovo ordinamento costituzionale, introduce un nuovo concetto di autonomia come fondamento della Repubblica⁸, sebbene il tardivo adeguamento della normazione statale regolativa degli enti locali ha per lungo tempo violato il principio costituzionale dell'autonomia⁹. Bisogna aspettare, per gli enti locali, la legge di riforma n. 142 del 1990 e le successive leggi Bassanini degli anni 1997-98, fino alla riforma costituzionale del 2001.

La l. 142/1990 di riforma degli enti locali, poi accorpata nel Testo unico n. 267/2000, prevedeva, all'art. 147, come surrogato dei controlli esterni limitanti l'autonomia, una serie di controlli interni quali il controllo di regolarità amministrativa e contabile, il controllo di gestione, la valutazione della dirigenza, il controllo strategico. L'art. 147 del TUEL (come poi modificato dall'art. 3 del d.l. 174/2012, convertito con modificazioni in l. 213/2013) è stato integralmente sostituito, limitando i gravosi controlli secondo la dimensione demografica dell'ente locale. Viene così stabilito che alcune tipologie di controllo interno (controllo dello stato di attuazione di indirizzi e degli obiettivi da parte degli organismi gestionali esterni, controllo della qualità dei servizi erogati e controllo sulle società partecipate) siano obbligatorie solo per gli enti con popolazione superiore a diecimila abitanti.

L'abolizione dei controlli sugli atti da parte della Regione, con la modifica costituzionale del 2001, viene "compensata" con un rafforzamento del controllo esterno della Corte dei Conti, che attraverso le sezioni regionali è chiamata a verificare la legittimità e la regolarità della gestione, il funzionamento dei controlli interni, il rispetto delle regole contabili e del pareggio di bilancio, il piano esecutivo di gestione, i regolamenti e gli atti di programmazione e pianificazione. Un contrappasso accentratore in controtendenza con l'orientamento autonomistico costituzionale¹⁰.

⁷ S. Cassese, *Il prefetto come autorità amministrativa generale*, in *La Regione*, 1992, 331.

⁸ F. Benvenuti, *Le autonomie locali nello Stato moderno*, in *Il nuovo osservatore*, 1962, ed ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 2006, 2233 ss.; G. Berti, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969.

⁹ Sul punto, F. Manganaro, *L'autonomia incompiuta*, Napoli, 2016.

¹⁰ M. Magri, *Il controllo sugli enti territoriali nell'attuale congiuntura*, Santarcangelo di Romagna, 2017, ed ivi bibliografia citata.

2. *Lo scioglimento degli organi elettivi degli enti locali*

Senza soffermarsi sulle cause ordinarie di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali¹¹, si consideri specificamente lo scioglimento per fenomeni di infiltrazione mafiosa. Tale istituto viene introdotto dall'art. 1 del d.l. 164/1991, convertito con l. 221/1991¹², come nuovo art. 15-*bis* della legge 55/1990 («Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale»), poi ulteriormente integrato con l. 94/2009 (c.d. «pacchetto sicurezza») e attualmente regolato dall'art. 143 del d.lgs. 267/2000 Testo unico degli enti locali (TUEL).

Lo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività amministrativa è una misura di controllo ablatoria, con la quale il consiglio viene sostituito da commissari di nomina governativa, con provvedimento del Ministro dell'Interno¹³.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 143 del d.lgs. 267/2000 prevedeva lo scioglimento dei consigli di Comuni o Province ove fossero emersi «elementi su collegamenti diretti o indiretti degli amministratori con la criminalità organizzata o su forme di condizionamento degli amministratori stessi, che compromettono la libera determinazione degli organi elettivi e il buon andamento delle amministrazioni comunali e provinciali, nonché il regolare funzionamento dei servizi». Allo scioglimento del consiglio comunale o provinciale consegue la cessazione dalla carica di consigliere, di sindaco, di presidente della Provincia e di componente delle rispettive giunte, con la conseguente nomina da parte del governo di un organo straordinario di amministrazione dell'ente.

La norma esige, perciò, una stringente consequenzialità tra l'emersione, da un lato, di una delle due situazioni suddette, «collegamenti» o «forme di condi-

¹¹ L'art. 141 del TUEL prevede che «I consigli comunali e provinciali vengono sciolti con d.P.R., su proposta del Ministro dell'interno: a) quando compiano atti contrari alla Costituzione o per gravi e persistenti violazioni di legge, nonché per gravi motivi di ordine pubblico; b) quando non possa essere assicurato il normale funzionamento degli organi e dei servizi per le seguenti cause: 1) impedimento permanente, rimozione, decadenza, decesso del sindaco o del presidente della Provincia; 2) dimissioni del sindaco o del presidente della Provincia; 3) cessazione dalla carica per dimissioni contestuali, ovvero rese anche con atti separati purché contemporaneamente presentati al protocollo dell'ente, della metà più uno dei membri assegnati, non computando a tal fine il sindaco o il presidente della Provincia; 4) riduzione dell'organo assembleare per impossibilità di surroga alla metà dei componenti del consiglio; c) quando non sia approvato nei termini il bilancio; c-*bis*) nelle ipotesi in cui gli enti territoriali al di sopra dei mille abitanti siano sprovvisti dei relativi strumenti urbanistici generali e non adottino tali strumenti entro diciotto mesi dalla data di elezione degli organi. In questo caso, il decreto di scioglimento del consiglio è adottato su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti».

¹² D.l. 31 maggio 1991, n. 164, convertito in l. 22 luglio 1991, n. 221 *Misure urgenti per lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali e degli organi di altri enti locali, conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso*.

¹³ E. Casetta, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano, 2022.

zionamento» e, dall'altro, di almeno uno tra due eventi: la compromissione della libertà di determinazione e del buon andamento amministrativo e del regolare funzionamento dei servizi oppure un pregiudizio per la sicurezza pubblica, secondo una discrezionale valutazione di pericolosità da parte del governo.

Una norma di così rilevante impatto sul sistema democratico di gestione degli enti locali non poteva non essere oggetto di una serrata discussione soprattutto in sede giurisdizionale. Resta ancora oggi assai significativa la prima interpretazione della norma, fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza 19 marzo 1993, n. 103, che si pronuncia su una questione di legittimità sollevata dal Tar del Lazio sulla base dei ricorsi presentati dagli amministratori di due Comuni sciolti per infiltrazione mafiosa. I giudici amministrativi ponevano alcuni dubbi sulla costituzionalità della norma nella parte in cui consente lo scioglimento del consiglio comunale anche per meri collegamenti indiretti di taluni amministratori con la criminalità organizzata, coinvolgendo peraltro l'intero organo pur in presenza di contatti riferibili solo ad alcuni amministratori.

La Corte costituzionale rigetta la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 15-*bis* della l. 55/1990, indicando tuttavia alcuni criteri interpretativi, poi invero trascurati dalla giurisprudenza amministrativa¹⁴. Invero, la Corte dichiara l'infondatezza delle questioni sollevate dal Tar del Lazio, ritenendo la norma pienamente aderente alle esigenze di tutela riconosciute in Costituzione, in particolare nell'art. 5 Cost. E ciò perché, secondo la Corte, l'ampia discrezionalità attribuita agli organi di governo nella valutazione dei fatti considerati sufficienti a giustificare lo scioglimento trova un opportuno limite nell'obbligo di un'adeguata motivazione che indichi le ragioni di fatto su cui si consolida il convincimento di una collusione dei componenti degli organi elettivi con la criminalità organizzata¹⁵. Il provvedimento di scioglimento, così come evidenziato dall'art. 146 TUEL che ne estende l'applicabilità anche agli altri enti locali e ad una serie di soggetti pubblici fra cui le aziende sanitarie locali, mira a tutelare l'unitarietà della Repubblica, garantita dall'art. 5 Cost., cosicché l'art. 143 TUEL, inserito nel sistema dei con-

¹⁴ La Corte afferma che «la disposizione impugnata è [...] formulata in modo da assicurare il rispetto dei principi che si assumono violati, e contiene in sé tutti gli elementi idonei a garantire obiettività e coerenza nell'esercizio dello straordinario potere di scioglimento degli organi elettivi conferito all'autorità amministrativa». Sul punto, criticamente: G. Corso, *Criminalità organizzata e scioglimento dei consigli comunali e provinciali: osservazioni critiche alla giurisprudenza costituzionale*, in *Nuove autonomie*, 1993, 117 ss.; A. Ciancio, *Lo scioglimento dei consigli comunali per motivi di inquinamento da criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 17 ss.

¹⁵ Secondo la Corte, «anche in presenza di tale latitudine di apprezzamenti, la garanzia della tutela giurisdizionale appare sufficientemente assicurata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di verificare la sussistenza degli elementi di fatto [...] quali vengono asseriti nella motivazione, che all'uopo deve essere fornita dall'organo che emana il provvedimento di scioglimento, nonché di valutare, sotto il profilo della logicità, il significato attribuito agli elementi di fatto su cui si fonda, e l'iter seguito per pervenire a certe conclusioni».

trolli sugli enti locali, costituirebbe un punto di equilibrio fra due spinte contrastanti quali l'autonomia e l'unità dell'ordinamento repubblicano.

Ne è convinta quella parte della dottrina che trova per analogia il fondamento della norma in questione nello scioglimento dei consigli regionali *ex art. 126 Cost.*¹⁶, oppure nella necessità di garantire valori costituzionali quali il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa *ex art. 97 Cost.*, o la sicurezza pubblica *ex art. 117, c. 2 lett. h)*, oppure ancora la libertà di esercizio del mandato elettivo *ex art. 51 Cost.*¹⁷.

Tuttavia, ciò che segnerà il dibattito successivo è che la Corte, pur confermando la legittimità costituzionale della norma, afferma esplicitamente la natura sanzionatoria del provvedimento, prefigurando così la necessità di validi presupposti sostanziali legittimanti l'emanazione di una siffatta misura; principio che, invece, non troverà conferma nella giurisprudenza amministrativa successiva, con le gravi conseguenze – che in seguito verranno esposte – circa l'assoluta discrezionalità del provvedimento di scioglimento.

La Corte costituzionale, pur confermando la legittimità costituzionale della norma, enuncia due principi su cui si concentrerà il dibattito successivo fino ad oggi.

Innanzitutto, la Corte afferma che il decreto di scioglimento del Presidente della Repubblica non costituisce un atto di natura politica, bensì un atto di alta amministrazione, con tutte le conseguenze relative alla sua impugnabilità. In secondo luogo, la Consulta ritiene che il provvedimento di scioglimento abbia carattere sanzionatorio, mirando a punire l'infiltrazione criminale negli enti locali¹⁸. Quest'ultimo assunto, tuttavia, non è stato condiviso dalla giurisprudenza amministrativa.

3. *Il decreto di scioglimento come atto di alta amministrazione*

Quanto al primo argomento, cioè la natura dell'atto di scioglimento, si è sviluppato un ampio dibattito circa la natura di atto politico o di alta amministrazione¹⁹.

¹⁶ F. Celle, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamento di tipo mafioso*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 4, 1209 ss.

¹⁷ E. Leotta, *Breve rassegna di giurisprudenza in materia di provvedimento di scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti di tipo mafioso*, in *www.diritto.it*.

¹⁸ È netta l'affermazione della Corte, secondo cui la misura in oggetto ha natura sanzionatoria e carattere straordinario.

¹⁹ Sugli atti di alta amministrazione e la differenza con l'atto politico: G. Grottanelli De' Santi, *Atto politico e atto di governo*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 1; V. Fanti, *L' "atto politico" nel governo degli enti locali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 2, 433 ss.; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 1, 101 ss.; G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 229 ss.; A. Mitrotti, *L'atto politico: riflessioni intorno ad un istituto in perenne "tensione" tra scienza costituzionale ed amministrativa*, in *Nomos*, 2020, 1, 1 ss.

Come è noto, sono considerati atti politici quelli attinenti alla suprema direzione dello Stato, cioè gli atti con i quali gli organi costituzionali esprimono scelte peculiari che eccedono l'ordinario potere discrezionale di valutazione comparativa degli interessi, compiuta con gli atti amministrativi. L'estensione più o meno ampia del concetto di atto politico comprime o estende la giurisdizione, cosicché la definizione del suo contenuto sostanziale si collega alla relativa disciplina processuale, potendo teoricamente creare un'area protetta di atti governativi dal controllo giurisdizionale. L'atto politico, inizialmente previsto dall'art. 31 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 ed oggi dall'art. 7 comma 1 del codice del processo amministrativo, viene sempre più confinato in spazi di eccezionale rilevanza costituzionale. In una visione ormai superata, il carattere politico dell'atto veniva considerato intrinseco ai provvedimenti autoritativi relativi all'ordine ed alla sicurezza pubblica; un principio dissolto dall'avvento dello Stato costituzionale, che tutela le libertà attraverso la definizione di limiti precisi e determinati degli atti aventi natura politica. E così anche il decreto di scioglimento dei consigli comunali e provinciali sembra perdere qualsiasi profilo di politicità per rientrare tra gli atti amministrativi, come da sempre affermato dalla costante giurisprudenza²⁰, seppure il contenuto ampiamente discrezionale, connesso alla sua natura di misura di prevenzione, con tutte le incertezze interpretative delle stessa²¹, lo avvicina molto ad una scelta di natura politica²².

La natura di atto di alta amministrazione del decreto di scioglimento, se per un verso consente la giustiziabilità innanzi al giudice amministrativo, dall'altro ne comporta gravi limitazioni quanto al sindacato sulla scelta compiuta. Sebbene permanga l'obbligo motivazionale ai sensi dell'art. 3 della legge sul procedimento, l'accertamento del giudice si limita ad un sindacato estrinseco, restando precluso ogni accertamento sui fatti che hanno dato luogo alla valutazione operata dall'amministrazione in merito agli elementi che hanno condotto allo scioglimento dell'ente, ivi compresa la valutazione sulla capacità indiziaria dei fatti accertati, dovendosi il giudice limitare ad un controllo di conformità legale dell'operato dell'amministrazione. Il sindacato giurisdizionale (come si vedrà meglio in seguito) risulta perciò limitato, senza la possibilità di verificare i fatti a

²⁰ F. Celle, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali*, cit., 37.

²¹ V. Montaruli, *Lo scioglimento degli organi elettivi degli enti locali per infiltrazioni della criminalità organizzata*, cit., 48.

²² Si veda, per tutte, la controversa vicenda di «Mafia capitale» del 2015, ove la Commissione prefettizia, con una corposa relazione di ottocentotrentacinque pagine, aveva ritenuto che ci fossero elementi rilevanti per procedere allo scioglimento del consiglio comunale di Roma, vista la concreta infiltrazione mafiosa nelle attività amministrative del Comune. In questo caso il ministro dell'Interno ha invece deciso di nominare un prefetto con poteri straordinari di controllo, commissariando singoli dipartimenti ed il municipio di Ostia.

cui l'amministrazione attribuisce valore sintomatico di una infiltrazione criminale nelle amministrazioni locali²³.

La giurisprudenza ha poi chiarito che il decreto di scioglimento «costituisce un atto di alta amministrazione, connotato anche da una significativa valenza politica, così come la relazione ministeriale che viene presa a fondamento per l'esercizio del potere di scioglimento; in tal caso il sindacato del giudice amministrativo non può essere che estrinseco, secondo le regole proprie del giudizio di legittimità, senza possibilità di apprezzamenti che ne riguardino il merito»²⁴.

Un'autorevole conferma viene dalla Corte costituzionale, secondo cui «i provvedimenti in esame, pur non potendosi qualificare come atti politici, comunque presentano caratteristiche tali da renderli collocabili tra gli atti di alta amministrazione essendo qualificabili come atti dell'amministrazione centrale dello Stato finalizzati a soddisfare interessi che trascendono quelli delle comunità locali ed attengono alla materia dell'ordine pubblico e della sicurezza»²⁵.

Orientamento ormai consolidato e ulteriormente confermato dalla costante giurisprudenza amministrativa, che, sempre in ordine alla natura degli atti di cui all'art. 143 TUEL, sottolinea che «il d.P.R. con il quale è disposto lo scioglimento e la relazione ministeriale di accompagnamento costituiscono, quindi, atti di "alta amministrazione", perché orientati a determinare ugualmente la tutela di un interesse pubblico, legato alla prevalenza delle azioni di contrasto alle c.d. "mafie" rispetto alla conservazione degli esiti delle consultazioni elettorali»²⁶.

4. *La controversa natura preventiva o sanzionatoria del provvedimento di scioglimento*

Il secondo elemento su cui si è a lungo discusso, peraltro ancora oggetto di dibattito, è l'eventuale natura sanzionatoria del provvedimento di scioglimento. Come accennato, la Corte costituzionale aveva ritenuto che sussistesse tale natura sanzionatoria²⁷, sebbene poi sia prevalso un orientamento diverso della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il provvedimento di scioglimento non avrebbe natura sanzionatoria, ma costituirebbe una misura di prevenzione, in quanto non fondato sulla rilevanza penale dei fatti dedotti o sull'esito di eventuali pro-

²³ Lo afferma esplicitamente il Consiglio di Stato, sent. 16 febbraio 2007, n. 665, secondo cui «Il potere di scioglimento dei consigli comunali ha una valenza, se non propriamente politica, quanto meno di alta amministrazione ed implica, in quanto tale, un elevato tasso di discrezionalità, sia nell'accertamento, sia soprattutto nella valutazione dei fatti acquisiti al procedimento, che si sottrae ad un sindacato di merito da parte del giudice».

²⁴ Cons. St., sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266.

²⁵ Corte cost., 23 giugno 2014, n. 182.

²⁶ Tar Lazio, sez. I, 13 maggio 2020, n. 5022.

²⁷ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103.

cessi penali, ma solo su elementi indiziari. Ne consegue non solo una distinzione tra i due piani del processo amministrativo e di quello penale, ma – cosa più rilevante per il nostro discorso – che il giudice amministrativo sia tenuto solo ad accertare la sussistenza di un rapporto tra l'organizzazione mafiosa e gli amministratori dell'ente, non potendo valutare i fatti posti a base dello scioglimento²⁸.

Cosicché la configurazione del provvedimento di scioglimento come atto di prevenzione, senza finalità repressive²⁹, giustifica l'ampio margine discrezionale di cui dispone l'amministrazione stessa, che può valutare come sintomi di infiltrazione criminale anche situazioni non addebitabili penalmente ai singoli amministratori, ma tali da far ritenere quanto meno possibile una loro vicinanza alla criminalità organizzata, quali vincoli di parentela o affinità, incontri e notorie frequentazioni, rapporti di amicizia o di affari.

Come l'interdittiva antimafia³⁰, anche lo scioglimento dei consigli degli enti locali costituisce una misura di prevenzione anticipata, che come tutte le misure di tal fatta ha il pregio di anticipare possibili eventi dannosi, ma presenta pure l'incertezza dei presupposti su cui si fonda, accertabili solo attraverso fatti sintomatici, la cui pregnanza viene lasciata ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione.

L'art. 143 TUEL, in sostanza, prospetterebbe un tipo di valutazione indiziaria, al fine di innalzare la tutela preventiva dell'ordine pubblico, per renderlo immune dagli effetti derivanti da collegamenti o forme di condizionamento che possano compromettere la libera determinazione degli organi di governo degli enti circa il buon andamento ed il regolare funzionamento dei servizi ovvero per il grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica. Si conferma così la natura preventiva dello scioglimento, che rappresenta comunque un evento di carattere straordinario in quanto ha come diretti destinatari gli organi eletti nel loro complesso e non il singolo amministratore, rimuovendo da cariche istituzionali – seppure a fine di tutela – consessi democraticamente eletti.

La natura preventiva della misura consente la sua applicazione senza che possa incidere, come motivo di esenzione della responsabilità, la distinzione tra poli-

²⁸ Cons. St., sez. III, 11 ottobre 2019, n. 6918; sez. III, 10 gennaio 2018, n. 96; sez. III, 7 dicembre 2017, n. 5782.

²⁹ Cons. St., sez. V, 14 maggio 2003, n. 2590; in tal senso anche Corte d'appello Catanzaro, sez. I, 12 dicembre 2019, n. 55.

³⁰ Sul punto Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 4 e Corte. Cost., 26 marzo 2020, n. 57 con nota di F.G. Scoca, *Adeguatezza e proporzionalità nella lotta "anticipata" alla mafia*, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 689 ss.; R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario* (nota a Consiglio di Stato, sez. III, 11 gennaio 2021, n. 319), in *Giustiziansieme*, 2021; Id., *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale* (nota a ord. TAR – Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732), in *Giustiziansieme*, 2021; Id., *Interdittiva antimafia e giudicato penale* (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049), in *Giustiziansieme*, 2021; M.A. Sandulli, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in *Giustiziansieme*, 2022.

tica ed amministrazione. L'influenza della criminalità organizzata sulle strutture amministrative comporta egualmente la responsabilità degli organi di governo dell'ente che rispondono, seppure non direttamente coinvolti con la criminalità organizzata, per mancanza di adeguato controllo sulla struttura amministrativa.

Si tratta di un orientamento assai restrittivo, che coinvolge gli amministratori locali ove anche non abbiano l'intenzione di favorire la criminalità organizzata, ma siano incapaci di controllare adeguatamente una struttura amministrativa collusa. Una soglia di prevenzione che si innalza notevolmente, quando la giurisprudenza ammette che per accertare la responsabilità del governo dell'ente sia «sufficiente a tale scopo, a seconda dei casi, anche l'individuazione di alcune situazioni, o anche di una sola, in cui si evidenzia l'asservimento dell'ente a vantaggio di simili sodalizi»³¹.

5. *Le modifiche dell'art. 143 TUEL*

L'alea relativa ai presupposti legittimanti il provvedimento di scioglimento ha portato, nel tempo, a numerose modifiche del dettato normativo dell'art. 143 TUEL, nel tentativo di definire quanto più possibile i contenuti della norma, sempre comunque tenendo conto che si tratta di un provvedimento preventivo, i cui contorni restano indefiniti, per la sua stessa natura.

La l. 94/2009 (c.d. «pacchetto sicurezza»), modificando l'originario contenuto normativo, precisa che lo scioglimento può essere disposto quando «emergono concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o similare», tentando così di limitare l'ampia discrezionalità del provvedimento di scioglimento, come in precedenza previsto. Gli elementi sintomatici del condizionamento criminale devono caratterizzarsi per concretezza ed univocità e devono essere rilevati attraverso un documentato accertamento dei fatti, tutti volti a compromettere il regolare svolgimento delle funzioni dell'ente locale, a vantaggio dell'organizzazione criminale³². Secondo la dottrina, la qualificazione degli elementi è anche uno strumento per favorire l'adozione di criteri univoci di applicazione della norma, in quanto stabilisce l'irrelevanza di mere supposizioni e presunzioni in riferimento al contesto criminale del singolo territorio³³.

³¹ Tar Lazio, sez. I, 20 luglio 2020, n. 1940.

³² Cons. St., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4792; 20 gennaio 2016, n. 197; 15 marzo 2016, n. 1038.

³³ P. Clarizia, *La nuova disciplina dello scioglimento degli organi elettivi*, in F. Ramacci, G. Spangher (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Padova, 2010.

In secondo luogo, la modifica normativa cambia la precedente formula «criminalità organizzata» con il nuovo riferimento ad attività «di tipo mafioso o simile». Per un verso, la modifica amplia il novero delle consorzierie criminali, introducendo una definizione assai indeterminata, quale è quella di attività di tipo «similare». Per altro verso, invece, il riferimento all'attività di «tipo mafioso», oltre a non tener conto delle diverse definizioni linguistiche delle varie associazioni criminali, orienta la norma più specificamente verso le consorzierie criminali organizzate secondo il modello dell'art. 416 *bis* del codice penale³⁴.

Nel contesto della norma così modificata, lo scioglimento è possibile quando si dimostri che gli amministratori avevano rapporti con le consorzierie criminali o ne erano condizionati, tanto da incidere sulle decisioni degli organi sia politici che amministrativi, così da violare i principi di buon andamento e di imparzialità, nonché il regolare funzionamento dei servizi. Si prospetta anche una causa di scioglimento più ampia ed indeterminata, nella parte in cui il comma 1 dispone che lo scioglimento possa avvenire quando i collegamenti o i condizionamenti con la criminalità organizzata «risultino tali da arrecare grave e perdurante pregiudizio per lo stato della sicurezza pubblica». Si introduce una fattispecie composita che consente, in sintesi, lo scioglimento dei consigli quando il rapporto tra amministratori e criminalità organizzata comporti danni alla corretta azione amministrativa o, in maniera più generica, pregiudizio per la sicurezza pubblica³⁵. Dal punto di vista soggettivo, la l. 94/2009 precisa che gli amministratori i cui comportamenti sospetti possono dar luogo al provvedimento di scioglimento sono quelli di cui all'art. 77, c. 2 del TUEL, cioè i sindaci, anche metropolitani, i presidenti delle Province, i consiglieri dei Comuni anche metropolitani e delle Province, i componenti delle giunte comunali, metropolitane e provinciali, i presidenti dei consigli comunali, metropolitani e provinciali, i presidenti, i consiglieri e gli assessori delle comunità montane, i componenti degli organi delle unioni di comuni e dei consorzi fra enti locali, nonché i componenti degli organi di decentramento. Da una parte, si circoscrive l'ambito di applicazione della norma, precisando quali siano i soggetti a cui essa si applica; dall'altra, lo si estende ad amministratori che non siano necessariamente componenti degli organi consiliari, come sindaci e assessori, recependo gli orientamenti della prassi che aveva in tal modo adattato la normativa al nuovo assetto degli enti locali, come modificato dalle leggi in materia di enti locali degli anni Novanta.

³⁴ T. Groppi, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per collegamento mafioso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000; F. Longo, *Lo scioglimento dei consigli comunali per fenomeni di infiltrazione e condizionamento di tipo mafioso è questione di contesto*, in *Foro amm. Cds*, 2008; F. Celle, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni o condizionamenti di tipo mafioso*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1209 ss.

³⁵ R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022; B. Tonoletti, *Ordine e sicurezza pubblica*, in *Enc. del dir., I tematici*, Milano, 2022, 791 ss.

Inoltre, sempre per quanto attiene al profilo soggettivo, alla responsabilità della politica si aggiunge anche quella dei dipendenti delle amministrazioni, in quanto il novellato art. 1, c. 2 annovera tra coloro che possono mettere in atto condotte punibili anche segretari comunali e provinciali, direttori generali, dirigenti e dipendenti delle amministrazioni locali, anche quando non siano state accertate responsabilità di tipo politico. Ne è convinta la dottrina, secondo cui le nuove disposizioni mirano a ripristinare la legalità all'interno dell'ente, adottando misure di più immediata attuazione³⁶.

In conclusione, la l. 94/2009 realizza una sostanziale modifica dell'art. 143 TUEL, dettagliandone per quanto possibile gli elementi oggettivi e soggettivi, secondo quanto stabilito dalla citata sentenza n. 103/1993 della Corte costituzionale, definendo meglio i contorni della disciplina sullo scioglimento.

Un'ulteriore corposa modifica dell'originaria disciplina viene poi introdotta con il d.l. 113/2018, convertito in l. 132/2018, che aveva pure inserito il comma 7 *bis* nell'art. 143 TUEL³⁷, poi dichiarato incostituzionale. La disposizione prevedeva che il prefetto, una volta accertate gravi e reiterate condotte illecite, invece di procedere direttamente a chiedere lo scioglimento del consiglio, intimasse all'amministrazione di riportare la legalità nell'ambito dell'azione amministrativa dell'ente, assegnando un termine perentorio entro cui adempiere, pena la sostituzione degli organi di governo dell'ente locale con un commissario *ad acta*.

Lo scopo della novella avrebbe potuto essere considerato apprezzabile, in quanto si proponeva di "accompagnare" l'ente locale in un percorso virtuoso che lo riportasse nell'ambito della legalità, soluzione utile soprattutto nel caso in cui gli amministratori locali non fossero stati sodali, ma intimiditi dalle organizzazioni criminali.

Tuttavia, l'ampia discrezionalità attribuita al prefetto, connessa alla già nota indeterminazione dei presupposti, ha portato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della nuova disposizione con la sentenza n. 195/2019. Nel ragionamento della Corte, la norma introduceva una via di mezzo tra un accertamento che portasse allo scioglimento o alla dichiarazione della insussistenza dei motivi che avrebbero potuto determinarlo. La stessa Corte, pur rilevando come si trattasse di una soluzione adeguata che, in caso di minore gravità, avrebbe anche potuto portare alla rimozione delle illiceità senza giungere allo scioglimento (misura sempre più grave e non sempre risolutiva dei problemi rilevati), rilevava al contempo come la stessa attribuisse al prefetto un potere sostitutivo *extra ordinem* «ampia-

³⁶ F. Staderini, P. Caretti, P. Milazzo, *Diritto degli enti locali*, Milano, 2022, 311.

³⁷ Secondo M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 84, la natura emergenziale dell'intervento modificativo della norma «mette anche a dura prova i più consolidati principi dell'ordinamento democratico».

mente discrezionale, sulla base di presupposti generici e assai poco definiti, e per di più non mirati specificamente al contrasto della criminalità organizzata; ossia complessivamente in termini tali da non essere compatibili con l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali», soprattutto nella parte in cui attribuiva al prefetto un potere indeterminato di imporre alle amministrazioni interventi di risanamento, obbligatori per evitare lo scioglimento. L'illegittimità della norma è stata dunque fondata non solo sulla indeterminatezza del potere assegnato al prefetto, ma altresì sull'evenienza che un atto di tale rilevanza, quale la possibilità di scioglimento di un organo elettivo di un ente locale, venisse demandato alla decisione del prefetto, senza nemmeno il coinvolgimento del governo³⁸.

6. *Il procedimento di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali*

Quanto al procedimento di scioglimento, l'accertamento degli elementi concreti, univoci e rilevanti che ne potrebbero dare luogo è affidato al prefetto competente per territorio che dispone ogni opportuno accertamento, promuovendo l'accesso presso l'ente interessato, ai sensi dell'art. 143 comma 2 del TUEL. A tal fine il prefetto nomina una commissione ispettiva, composta da tre funzionari, che entro tre mesi, rinnovabili una sola volta, presentano al prefetto una specifica relazione. L'accertamento attiene alle attività sia degli organi politici che degli organi amministrativi, onde verificare l'eventuale intrusione della criminalità organizzata nelle attività di gestione dell'ente, oggetto specifico di interesse delle consorterie criminali³⁹.

L'accertamento della commissione rappresenta il fulcro della disciplina in oggetto, poiché essa collaziona non solo atti – che ben potrebbero essere oggetto di una valutazione obiettiva successiva da parte del giudice – ma anche fatti a cui la commissione attribuisce un significato con un proprio giudizio del tutto discrezionale, peraltro contravvenendo al preciso disposto normativo secondo cui i presupposti devono essere concreti, univoci e rilevanti, come più volte afferma-

³⁸ Secondo la Corte, «la garanzia costituzionale di autonomia degli enti locali territoriali (Comuni, Province e Città metropolitane) richiede non solo che i presupposti di tali poteri sostitutivi, incidenti nell'attività dell'ente, siano sufficientemente determinati dalla legge, ma anche che l'eventuale sostituzione a organi dell'ente rispetti il canone dell'art. 120, secondo comma, Cost., integrato dalla norma di attuazione di cui all'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sull'assunzione a livello governativo della responsabilità per l'esercizio di tali poteri. Invece, la disposizione censurata lascia l'esercizio di un potere sostitutivo, che si è visto essere ampiamente discrezionale, al livello meramente amministrativo dei poteri del prefetto, senza alcun coinvolgimento del Governo (come nell'ipotesi del comma 1 dell'art. 143) e neppure del Ministro dell'interno (come nell'ipotesi del comma 5 della stessa disposizione)».

³⁹ Cons. St., sez. III, 6 marzo 2012, n. 1266.

to dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁰, pur se si tratti di presupposti che non consentano un'azione penale o l'adozione di misure di sicurezza.

Entro quarantacinque giorni dal deposito delle conclusioni della commissione (termine ritenuto non perentorio), il prefetto, sentito il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica integrato dal procuratore della Repubblica competente per territorio, ferma la possibilità di chiedere informazioni all'Autorità giudiziaria circa la sussistenza di indagini giudiziarie a carico dei soggetti interessati, invia al ministro dell'Interno una relazione nella quale si dà conto della eventuale sussistenza degli elementi sufficienti per lo scioglimento. Il ministro dell'Interno, entro tre mesi, può proporre al Presidente della Repubblica, previa deliberazione del consiglio dei ministri, lo scioglimento del consiglio dell'ente locale.

Lo scioglimento del consiglio comunale o provinciale comporta la cessazione dalla carica di consigliere, di sindaco, di presidente della Provincia, di componente delle rispettive giunte e di ogni altro incarico comunque connesso alle cariche ricoperte, anche se diversamente disposto dalle leggi vigenti in materia di ordinamento e funzionamento degli organi predetti.

Pur se non sia disposto lo scioglimento, il ministro, ove sussistano elementi indiziari che riguardano la dirigenza o i dipendenti dell'ente, potrà adottare ogni provvedimento utile a far cessare immediatamente il pregiudizio in atto e ricondurre alla normalità la vita amministrativa dell'ente.

Il decreto di scioglimento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, con allegate la proposta del ministro dell'Interno e la relazione del prefetto, salvo che il consiglio dei ministri disponga di mantenere la riservatezza su parti della proposta o della relazione ove lo ritenga strettamente necessario. Il periodo di gestione commissariale viene stabilito per un periodo da dodici a diciotto mesi, prorogabili fino ad un massimo di ventiquattro mesi in casi eccezionali.

Nel caso in cui non sussistano i presupposti per lo scioglimento, il ministro dell'Interno, entro tre mesi dalla trasmissione della relazione, emana comunque un decreto di conclusione del procedimento.

L'art. 143, c. 11, del TUEL, come modificato dall'art. 28 *bis* del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, prevede l'incandidabilità per gli amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento, anche alle elezioni per la Camera dei Deputati, per il Senato della Repubblica e per il Parlamento europeo, e non solo per le elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, come prima previsto; l'incandidabilità, inoltre, non è più circoscritta alla tornata elet-

⁴⁰ Cons. St., sez. III, 12 gennaio 2013, n. 126.

torale successiva allo scioglimento stesso, ma si estende ai due turni elettorali successivi, sempre ove essa sia dichiarata con provvedimento definitivo⁴¹.

7. *La debolezza della verifica giurisdizionale: il controllo estrinseco sul provvedimento di scioglimento*

Considerata l'eccezionalità della misura dello scioglimento dei consigli degli enti locali, appare opportuno verificare in che modo la giurisprudenza amministrativa abbia interpretato la disciplina in materia⁴².

È lo stesso giudice amministrativo – con evidente *self restraint* – a ritenere che il tipo di controllo sulla legittimità dei provvedimenti adottati possa essere solo «estrinseco, e cioè nei limiti del vizio di eccesso di potere quanto all'adeguatezza dell'istruttoria, della ragionevolezza del momento valutativo, della congruità e proporzionalità del fine perseguito»⁴³, poiché molto ampia è la sfera di discrezionalità di cui l'amministrazione dispone in sede di valutazione dei fenomeni connessi all'ordine pubblico ed in particolare della minaccia rappresentata dal radicamento sul territorio delle organizzazioni mafiose, con ogni effetto sulla graduazione delle misure repressive e di prevenzione.

La definizione del provvedimento di scioglimento come atto di alta amministrazione comporta che esso abbia un contenuto ampiamente discrezionale, configurandosi come momento attuativo dell'indirizzo politico a livello amministrativo⁴⁴. Inoltre, l'opinione secondo cui lo scioglimento costituisca una misura preventiva e non sanzionatoria influisce sulle modalità dell'accertamento giudiziale, poiché riduce le garanzie in ordine ai presupposti del provvedimento e del suo procedimento di adozione⁴⁵.

Ne dà conferma, anzitutto, il consolidato orientamento secondo cui sono nettamente distinti i presupposti per lo scioglimento rispetto a quelli per l'esercizio dell'azione penale⁴⁶. In genere, la giurisprudenza ritiene che non siano sufficienti singoli episodi per confermare collusione e condizionamenti mafiosi, essendo invece necessaria una considerazione d'insieme⁴⁷, che tenga conto se vi sia sta-

⁴¹ M. Magri, *Osservazioni critiche sulla incandidabilità degli amministratori locali a seguito di scioglimento del consiglio per infiltrazioni mafiose*, in www.federalismi.it, 7 aprile 2021.

⁴² Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103; Tar Napoli, sez. I, 15 novembre 2004, n. 16778; Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2005, n. 1573.

⁴³ Tar Lazio, sez. I, 3 aprile 2018, n. 3675.

⁴⁴ Cons. St., sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502.

⁴⁵ Cons. St., sez. III, 3 novembre 2015, n. 5023; Tar Lazio, sez. I, 5 giugno 2018, n. 6239; Cons. St., sez. III, 10 gennaio 2018, n. 96.

⁴⁶ Tar Lazio, sez. I, 19 maggio 2011, n. 4370; Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2010, n. 1490; Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3340.

⁴⁷ Cons. St., sez. III, 9 luglio 2012, n. 3998; Cons. St., sez. III, 28 giugno 2017, n. 3164.

ta un'ampia infiltrazione nei gangli dell'azione amministrativa⁴⁸, condizionandone l'attività⁴⁹ e mettendo in pericolo la sicurezza pubblica⁵⁰. Tuttavia, diventa causa di scioglimento, pur prescindendo da comportamenti dei singoli, il "contesto ambientale", nel caso in cui gli organi governativi abbiano accertato singoli eventi che, nella loro connessione, rendano plausibile l'ipotesi di una soggezione degli amministratori a condizionamenti mafiosi⁵¹.

L'accentramento della giurisdizione presso il Tar del Lazio ai sensi dell'art. 135 c.p.a. avrebbe dovuto comportare una maggiore uniformità dell'accertamento giudiziale, soprattutto rispetto alla rilevanza di alcuni elementi indicati come presupposti dello scioglimento, spesso oggetto, in precedenza, di una difforme giurisprudenza dei singoli TAR. Permangono, invece, diversi orientamenti su casi analoghi⁵². Ad esempio, per quanto concerne le frequentazioni tra componenti del consiglio comunale ed appartenenti alla criminalità organizzata, non viene considerato presupposto di scioglimento l'accertamento di un certo numero di incontri tra amministratori e mafiosi in un periodo di quattro anni⁵³, mentre tale presupposto è ritenuto sussistente nel caso in cui sia stato accertato un minor numero di incontri in un lasso di tempo di ventisette anni⁵⁴. In quest'ultimo caso lo scioglimento viene giustificato sempre in forza del "contesto ambientale", sul presupposto, piuttosto opinabile ed incerto, per cui un'attività di monitoraggio e controllo ben più costante e mirata avrebbe potuto scoprire una serie di frequentazioni assai più estesa.

Sempre in ordine ai presupposti che legittimano lo scioglimento, una peculiare questione si è posta per l'ipotesi in cui l'infiltrazione mafiosa attenga alla dirigenza dell'ente e non ai suoi organi di governo. La giurisprudenza prevalente ritiene che anche quando sia accertata la permeabilità ed il condizionamento dei soli apparati burocratici dell'ente, debba comunque addebitarsi all'organo politico il mancato esercizio delle funzioni di controllo imposte dall'art. 107 del

⁴⁸ Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2005, n. 1573; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2005, n. 2160; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1547.

⁴⁹ Tra le tante: Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2014, n. 727, secondo cui «il sindacato del giudice amministrativo non può arrestarsi ad una atomistica e riduttiva analisi dei singoli elementi, senza tener conto dell'im prescindibile contesto locale e dei suoi rapporti con l'amministrazione del territorio, ma deve valutare la concreta permeabilità degli organi elettivi a logiche e condizionamenti mafiosi sulla base di una loro complessiva, unitaria e ragionevole valutazione, costituente bilanciata sintesi e non mera somma dei singoli elementi stessi».

⁵⁰ Tar Lazio, sez. I, 21 novembre 2013, n. 9941; Tar Lazio, sez. I, 28 settembre 2019, n. 1396; Tar Lazio, sez. I, 13 maggio 2020, n. 5022.

⁵¹ Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1547.

⁵² In questo senso, G. Iaria, *Lo scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni criminali*, lavoro da pubblicare.

⁵³ Tar Lazio, sez. III, 21 gennaio 2015, n. 999; Cons. St., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4792.

⁵⁴ Cons. St., sez. III, 14 maggio 2020, n. 3067.

TUEL⁵⁵, salvo che gli amministratori dimostrino specificamente di avere messo in atto misure espressamente dirette a contrastare il condizionamento mafioso⁵⁶.

Quanto alla procedura per lo scioglimento, la giurisprudenza ritiene che la natura cautelare ed urgente della misura affievolisca le garanzie procedurali della partecipazione e del contraddittorio, cosicché sarebbe inutile l'avviso dell'inizio del procedimento anche «in considerazione delle esigenze di celerità del procedimento stesso e della difficile ipotizzabilità di un apporto sostanziale valido della collaborazione procedimentale così preclusa», in ragione anche della «formale riservatezza degli elementi documentali e prettamente indiziari su cui si basa il peculiare procedimento in questione»⁵⁷. Si tratta, a nostro avviso, di una seria violazione della legge sul procedimento, ancor più evidente ove si consideri che per l'emanazione di un'interdittiva antimafia, avente la stessa natura indiziaria, il legislatore ha previsto, con il d.l. 6 novembre 2021 n. 152, forme di partecipazione e contraddittorio procedimentale⁵⁸.

La natura preventiva e cautelare del provvedimento influisce anche sulla natura dei termini previsti per l'emanazione del provvedimento di scioglimento, cosicché si è sostenuto che «i termini colà previsti, decorrenti dalla data di insediamento della Commissione (c. 2) e, rispettivamente, dal deposito della relazione di essa al prefetto, in sé non hanno natura decadenziale, in base al dato testuale e sotto il profilo funzionale. Invero, non v'è connesso loro alcun effetto caducatorio o di estinzione»⁵⁹.

Le regole sul contenuto dei provvedimenti producono effetti conseguenti sulle questioni processuali.

Innanzitutto, quanto alla legittimazione ad agire, il Consiglio di Stato esclude che ogni elettore possa far valere in giudizio le azioni ed i ricorsi spettanti al Comune o alla Provincia ai sensi dell'art. 9 TUEL, poiché coloro che subiscono un danno sono soltanto i componenti degli organi elettivi, mentre i singoli cittadini non possono far valere le azioni spettanti all'ente locale in quanto questo trae vantaggio dall'accertamento dei fatti criminali che ne condizionano l'attività⁶⁰. Alla stessa stregua, non hanno legittimazione a ricorrere i candidati alle elezioni successive

⁵⁵ Tar Lazio, sez. I, 24 settembre 2018, n. 9544; Tar Lazio, sez. I, 18 giugno 2019, n. 7937; Tar Lazio, sez. I, 5 febbraio 2019, n. 1433. Tar Lazio, sez. I, 18 giugno 2019, n. 7862.

⁵⁶ Tar Lazio, sez. I, 16 novembre 2020, n. 11940.

⁵⁷ Cons. di Stato, sez. III, 24 aprile 2015, n. 2054; Tar Lazio, sez. I, 28 luglio 2015, n. 10314; Cons. di Stato, sez. III, 26 settembre 2019, n. 6435; Tar Lazio, sez. I, 1° giugno 2020, n. 5843; sull'esclusione dall'accesso agli atti, in particolare, Cons. St., sez. I, 30 marzo 2021, n. 545.

⁵⁸ R. Rolli, M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittiva antimafia* (nota a ordinanza TAR Lecce, sez. III, n. 116/2022), in *Giustiziainsieme* 2022; Id., *Interdittiva antimafia e legittimazione all'impugnazione. La necessaria partecipazione dei soggetti direttamente coinvolti*, in *Giustiziainsieme*, 2022.

⁵⁹ Cons. St., sez. III, 30 novembre 2015, n. 5023.

⁶⁰ Tar Lazio, sez. I, 20 febbraio 2018, n. 1935; Tar Lazio, sez. I, 26 novembre 2019, n. 13536.

allo scioglimento avverso l'atto che ha comportato la revoca dei comizi elettorali già convocati⁶¹. Il diritto ad impugnare gli atti relativi allo scioglimento è stato riconosciuto invece agli *ex* amministratori locali, già cessati dalla carica al momento dello scioglimento dell'ente⁶², ed ai componenti di un consiglio comunale sciolto in precedenza per dimissioni del sindaco, a tutela della loro integrità morale⁶³.

8. *Alcune osservazioni conclusive*

L'atipicità di una misura caducatoria di organi elettivi va esaminata con particolare attenzione, per l'evidente conflitto tra l'esigenza di tutela dalle infiltrazioni criminali e la garanzia degli organi democraticamente eletti⁶⁴, anche perché, da più tempo, la dottrina si chiede se l'attuale misura sia utile ed in qual modo potrebbe essere eventualmente modificata.

È bene, a questo proposito, fondare le nostre osservazioni anche su qualche dato statistico. I provvedimenti di scioglimento di enti locali ed aziende sanitarie locali per infiltrazioni mafiose sono stati ventuno nel 2017, ventitre nel 2018, ventuno nel 2019, undici nel 2020. Nel 2021 sono stati commissariati ventotto enti, ma il dato più rilevante è che di questi ventotto ben sedici erano stati già commissariati per la stessa ragione negli anni precedenti: per dodici si tratta del secondo commissariamento, per tre del terzo ed in un caso del quarto⁶⁵.

Già questo primo dato impone di ripensare l'utilità dello scioglimento degli organi elettivi, quando poi la "bonifica" attuata dalla Commissione governativa non sortisca gli effetti sperati, ponendo alcune questioni sull'eventuale futura modifica del testo normativo.

È stato opportunamente rilevato che la scarsa efficacia della norma è dovuta al fatto che la disciplina attuale era stata emanata prima delle modifiche istituzionali che hanno riguardato gli enti locali⁶⁶. La logica sottesa allo scioglimen-

⁶¹ Tar Lazio, sez. I, 2 maggio 2018, n. 4836; Cons. St., sez. III, ord. 27 luglio 2018, n. 3541. In dottrina: F.G. Scoca, *Organi elettivi sciolti per condizionamento mafioso: stessi fatti, diverse valutazioni giudiziali*, in *Giustamm*, 2019, 9.

⁶² Tar Lazio, sez. I, 2 marzo 2015, n. 3428.

⁶³ Cons. St., sez. III, 22 settembre 2020, n. 5548; Cons. St., sez. III, 7 aprile 2021, n. 2793.

⁶⁴ La dottrina che si è occupata *funditus* dell'argomento contesta la legittimità costituzionale della norma, in quanto, benché la Corte costituzionale abbia salvato l'art. 143 TUEL «resta aperto il problema di stabilire se od in che limiti sia conforme alla Costituzione una legge ordinaria che affidi al governo, con i contenuti dell'attuale testo dell'articolo 143 TUEL, la potestà di far decadere un consiglio comunale o provinciale». In tal senso M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 89.

⁶⁵ Dati *Openpolis* tratti dalle relazioni del Ministero dell'Interno.

⁶⁶ Osserva M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 99,

to dei consigli degli enti locali aveva effettivo significato quando essi costituivano ancora l'organo di vertice delle amministrazioni territoriali. Ma, dopo le modifiche introdotte dalla legge sulle autonomie locali sull'elezione diretta dell'organo di vertice e sulla separazione tra politica ed amministrazione, il ruolo dei consigli è del tutto depotenziato⁶⁷, tanto che il loro scioglimento appare una misura inadeguata rispetto allo scopo perseguito⁶⁸, anzi forse finanche controproducente⁶⁹.

Quanto al controllo giudiziale sul provvedimento di scioglimento è opportuno ricordare, anche a questo proposito, un dato statistico che conferma ampiamente la "timidezza" con cui il giudice amministrativo affronta l'esame del provvedimento di scioglimento: si consideri, infatti, che nonostante i numerosi provvedimenti di scioglimento di questi ultimi anni, gli annullamenti giurisdizionali sono in numero inferiore al dieci per cento⁷⁰.

Il disconoscimento del carattere sanzionatorio dell'atto, fondato su un'erronea interpretazione della sentenza n. 103/1993 della Corte costituzionale, nonché – come sopra rilevato – la difficoltà di accertare fatti desunti nelle relazioni delle commissioni prefettizie hanno giustificato una giurisprudenza molto poco incisiva, che si limita ad un controllo esterno.

Ciò è stato possibile in quanto la giurisprudenza amministrativa non ha tenuto conto del carattere sanzionatorio della misura, come affermato dalla sentenza della Corte costituzionale, che pur salvando la costituzionalità della norma, aveva affermato che lo scioglimento sarebbe stato legittimo ove si accertasse «una stringente consequenzialità» tra gli atti compiuti dagli amministratori e la compromissione della libertà di determinazione e del buon andamento amministrati-

che la logica originaria dell'articolo 15-*bis* della legge n. 55 del 1990 aveva lo scopo di consentire al governo lo scioglimento e la sostituzione di un organo elettivo, quale è il consiglio, ancora pensato come organo di vertice dell'ente locale, supponendo che sciolto e rieleto il consiglio comunale o provinciale, si sarebbe sanato il *vulnus* determinato dal funzionamento della rappresentanza politica.

⁶⁷ Secondo M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 99, «quel contesto normativo era già connotato dalla *fine della competenza generale del consiglio comunale*, tramutato in *organo di indirizzo politico a competenza limitata*; ed ancor più, conta la circostanza che quel contesto fosse, a sua volta, destinato ad essere modificato dopo pochissimo tempo dalla legge n. 81 del 1993, sulla elezione diretta del sindaco e del presidente della provincia, in forza della quale questi ultimi, appunto, non i consigli, «*sono gli organi responsabili dell'amministrazione comune e della provincia*» (art. 12 legge n. 81 del 1993, che modifica l'art. 36 della legge n. 142 del 1990)».

⁶⁸ Salvo che lo scioglimento sia dovuto a responsabilità collettive del Consiglio per la sua competenza su atti generali, quali bilanci o atti di pianificazione o programmazione, come già peraltro previsto dall'art. 141 TUEL.

⁶⁹ Secondo M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 100, «colpire il consiglio per i malfunzionamenti di un'amministrazione di cui il consiglio non è più il responsabile, gioca sulla tutela del principio di rappresentanza politica un effetto addirittura controproducente. Il consiglio comunale e provinciale, meglio si direbbe il *consigliere* con tutti i suoi poteri di accesso e informazione, può restare l'ultimo baluardo del controllo civico sull'attività dell'esecutivo e della amministrazione da esso diretta».

⁷⁰ Elaborazione dati in www.avvisopubblico.it.

vo nonché del regolare funzionamento dei servizi o il pregiudizio per la sicurezza pubblica. L'art. 143 del TUEL non si riferisce ad un cattivo andamento amministrativo sintomatico di un collegamento con la criminalità organizzata, ma a quei soli comportamenti degli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, che siano «tali da determinare» un cattivo andamento dell'amministrazione⁷¹; la mancata dimostrazione di questo nesso causale, come avviene nelle decisioni della giurisprudenza amministrativa, rende la norma costituzionalmente illegittima⁷².

Un atteggiamento della giurisprudenza dovuto, in parte, all'oggettiva difficoltà di accertamento dei fatti rappresentati nella relazione prefettizia (analogamente a quanto avviene in materia di informativa antimafia), ma anche ad una certa timidezza nel contrastare atti di alta amministrazione provenienti dal governo.

Per questo, l'esigenza di modifica della disciplina vigente, secondo le proposte di legge depositate in Parlamento, appare ineludibile, seppure lo scarso interesse mostrato dal legislatore non lasci ben sperare⁷³.

⁷¹ M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 112.

⁷² M. Magri, *Lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni della criminalità di tipo mafioso: vecchi e nuovi dubbi di costituzionalità, in attesa di una riforma dell'art. 143 del Tuel*, cit., 112, «per la Corte costituzionale, la condizione alla quale la norma oggi contenuta nell'articolo 143 del TUEL può ritenersi costituzionalmente legittima – l'elemento che la rende non irragionevole, perché garantisce che il potere governativo rispetti canoni obbiettività e coerenza al fine perseguito dalla legge – è la dimostrazione di questo ultimo nesso causale, che gioca un ruolo decisivo. Esattamente la regressione della ratio: l'elemento che più di tutti e con maggiore insistenza viene negato dalla giurisprudenza amministrativa. Si tratterebbe però di abrogare l'art. 143 TUEL e di costruire una norma autenticamente nuova». Sulla incostituzionalità della norma, più di recente: T. Salvino, *Lo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazione mafiosa tra analisi normativa e proposte di modifica*, in *Federalismi*, 24 marzo 2021.

⁷³ In atto risultano depositate alla Camera dei Deputati le proposte A.C. 474 del 5 aprile 2018 e A.C. 1512 del 17 gennaio 2019, assegnate alla Commissione Affari costituzionali il 18 settembre 2019.

Note sullo scioglimento dei consigli degli enti locali per infiltrazioni mafiose

Il presente contributo si occupa dello scioglimento degli organi elettivi degli enti locali per fenomeni di infiltrazione mafiosa, esaminando le criticità dovute ad una disciplina eccessivamente generica e ad un orientamento giurisprudenziale incline ad attribuire all'atto di scioglimento natura di misura di prevenzione, con tutte le conseguenze in termini procedurali e di tutela processuale che da tale qualifica derivano. La natura sanzionatoria, delineata invece dalla giurisprudenza costituzionale, porterebbe già ad una diversa interpretazione della normativa vigente, la cui efficacia rimane comunque molto limitata, tanto da auspicarne una sostanziale modifica.

Notes on the dissolution of the councils of local authorities for mafia infiltration

This work deals with the dissolution of the elected bodies of local authorities due to phenomena of mafia infiltration, examining the critical issues due to an excessively generic discipline and a jurisprudential orientation inclined to attribute to the act of dissolution the nature of a preventive measure, with all the consequences in procedural terms and procedural protection that derive from this qualification. The nature of sanctions, instead outlined by the constitutional jurisprudence, would already lead to a different interpretation of the legislation in force, the effectiveness of which however remains very limited, so much so as to hope for a substantial modification.

Articoli e saggi

Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione*

[Sul Libro *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo* di Micol Roversi Monaco, FrancoAngeli, Milano, 2020]

Gabriele Bottino

SOMMARIO: 1. La discrezionalità amministrativa, tra sicurezza vincolata e timorose possibilità: le “norme interne” come àncora e bussola. – 2. Completezza, approfondimento ed originalità: uno studio sistematico. – 3. La nozione di “norma interna” come ragione, e fondamento, degli effetti generati dalle “norme interne”. – 4. A che cosa servono le “norme interne”: l'autonomia è riserva di normazione interna.

1. *La discrezionalità amministrativa, tra sicurezza vincolata e timorose possibilità: le “norme interne” come àncora e bussola*

Le pubbliche amministrazioni italiane – tanto i loro organi politici di governo, quanto i loro dirigenti e funzionari – si dibattono oramai da tempo, e viepiù ad oggi, all'interno di un complicato paradosso che concerne l'esistenza stessa della discrezionalità amministrativa, ed il suo esercizio¹.

* Il testo riproduce la relazione tenuta nel seminario di dottorato dal titolo “*Le norme interne nel sistema delle fonti (Riflessioni a margine di: F. Fracchia, M. Occhiena, Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti, Napoli, 2020; M. Roversi Monaco, Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo, Milano, Franco Angeli, 2020)*”, a cura del Prof. Fabio Saitta e della Prof.ssa Annalaura Giannelli, Università Magna Grecia di Catanzaro, 28 giugno 2022, con la partecipazione degli Autori e del Prof. Alessandro Cioffi come relatore.

¹ Nitide, sul tema, le parole di C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, 71: «La percezione delle vicende della discrezionalità dipende anche dall'immagine che si ha dell'amministrazione: se l'amministrazione è percepita come «autorità» la discrezionalità è un rischio (un male, dunque, pur se necessario); se l'amministrazione è «funzione», la discrezionalità è un «bene», un indispensabile strumento per il soddisfacimento dei bisogni di promozione e progresso della persona».

Da un lato accade infatti sovente che le leggi, statali e regionali, cui è costituzionalmente riservato il compito di organizzare i pubblici uffici, «in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» (art. 97, comma 2, Cost.), predeterminino già integralmente, ed in dettaglio, i presupposti di fatto e di diritto dell'agire amministrativo: queste cosiddette “leggi-provvedimento”², elidendo del tutto ogni spazio di discrezionalità amministrativa, fanno sì che gli atti ed i comportamenti, adottati dagli organi delle pubbliche amministrazioni, abbiano natura giuridica “vincolata” alla mera esecuzione del precetto normativo.

D'altro lato, ed al contrario, quando le medesime leggi statali e regionali – in specie limitandosi alla enunciazione di “principi generali” di riferimento, o di “concetti giuridici indeterminati” – lasciano invece ampio spazio alla discrezionalità degli organi delle pubbliche amministrazioni, ad essi rimettendo la determinazione, in concreto, dei contenuti volti a riempire questo “spazio discrezionale”³ (tradizionalmente il suo *an, quid, quomodo, e quando*), accade questo: i soggetti titolari dei medesimi organi – siano essi organi politici monocratici o collegiali, ovvero dirigenti e funzionari amministrativi, responsabili dei relativi procedimenti – assumono di regola atti e comportamenti “standardizzati”⁴, e “difensivi”⁵.

Standardizzati, in quanto più attenti alla liceità-legittimità procedurale del singolo atto e comportamento, rispetto alla efficacia ed all'ottenimento del risultato che l'agire amministrativo deve conseguire; difensivi, poiché rivolti a porre al riparo coloro che hanno adottato i medesimi atti e comportamenti dalle responsabilità (penali, civili ed erariali) che potrebbero essere imputate a loro carico.

Poiché nella prima fattispecie (le “leggi provvedimento”) la pubblica amministrazione è ridotta a mera esecuzione della volontà del legislatore, ed è così sostanzialmente negata la sua stessa ragione d'essere, è invece alla seconda fattispecie che deve essere riservata costante attenzione, indagine e comprensione⁶: è infatti necessario – in specie innanzi ad un agire pubblico che impiega ingen-

² Tra i primi contributi monografici dedicati al tema, in maniera organica ed approfondita, v. S. Spuntarelli, *L'Amministrazione per Legge*, Milano, 2020.

³ Cfr. C. Marzuoli, *op. cit.*, 73, ove afferma che: «La problematica della discrezionalità si collega ad una situazione di “indeterminatezza” del dato normativo: fra la norma ed il fatto vi è un qualche vuoto da riempire».

⁴ Con specifico riferimento a queste condotte “standardizzate”, all'interno delle procedure di gara (come loro terreno elettivo), è obbligato il riferimento – tra i molteplici contributi che l'Autore ha dedicato al tema – a M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e «burocrazia difensiva»*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 625 ss.

⁵ In argomento sono fondamentali i seguenti contributi: S. Battini, F. Decarolis, *L'Amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293 ss.; A. Battaglia, S. Battini, A. Blasini, V. Bontempi, M.P. Chiti, F. Decarolis, S. Mento, A. Pincini, A. Pirri Valentini, G. Sabato, “*Burocrazia Difensiva*”: cause, indicatori, rimedi, *ivi*, 2021, 4, 1295 ss.; S. Battini, *Abuso d'ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 4, 494 ss.

⁶ Cfr. C. Marzuoli, *op. cit.*, 71 ss., ove si afferma che: «La discrezionalità si identifica con la parte essenziale della funzione; in mancanza vi è “automazione”, non “amministrazione”. La discrezionalità dunque è un “bene”, sempre più diffuso e rilevante, poiché nelle moderne società il ruolo dell'amministrazione è cresciuto notevolmente».

ti risorse finanziarie, e deve governare un contesto sociale ed economico estremamente complesso – individuare strumenti utili a fare sì che i soggetti deputati alla adozione di decisioni amministrative non abbiano, come propria ed esclusiva “bussola” di riferimento, il timore di assumere scelte discrezionali e motivate⁷.

Se, infatti, l’etimologia del sostantivo “discrezionalità” discende dal significato del verbo “discernere” (comprendere e motivatamente scegliere, tra più opzioni possibili), adottare decisioni e provvedimenti discrezionali significa allora questo: in primo luogo, non nutrire timori in merito alla liceità-legittimità delle medesime decisioni e provvedimenti; nel contempo, percorrere integralmente le opzioni possibili – possibili poiché contemplate dalla legge, che determina questo stesso “spazio discrezionale delle possibilità” – allo scopo di aggiungere, ai predetti requisiti di liceità e legittimità, anche i criteri di efficacia ed efficienza decisionale⁸.

Soltanto ad esemplificare, ed utilizzando intenzionalmente un ragionamento insieme antinomico e tautologico: realizzare una opera pubblica, nei tempi e costi predeterminati, non significa adottare un insieme di atti e comportamenti discrezionali, leciti e legittimi, capaci così di porre al riparo dalle responsabilità pubbliche i soggetti titolari della adozione dei medesimi atti e comportamenti amministrativi, un insieme di decisioni la cui sommatoria non è tuttavia in grado di addivenire al compimento definitivo dell’opera, ovvero vi addivene in tempi e costi del tutto superiori rispetto a quelli originariamente previsti⁹; significa, al contrario, percorrere tutte le scelte discrezionalmente possibili (nessuna esclusa, a causa di timori ed inerzie), tradurle nei conseguenti atti e comportamenti amministrativi, proprio allo scopo di realizzare l’opera pubblica, nei tempi e costi preventivati.

All’interno degli strumenti ad oggi capaci di orientare e guidare l’esercizio della discrezionalità amministrativa – in maniera coordinata, contestuale e non conflittuale – verso le direzioni della sua liceità, legittimità, efficacia ed efficienza, devono essere certamente annoverate le cosiddette “norme interne”: con questa espressione – quasi un ossimoro, dal momento che la generalità, l’astrattezza, e gli effetti “esterni”, nei confronti della collettività amministrata, sono requisiti consustanziali ad ogni “norma giuridica” – la dottrina italiana del diritto ammini-

⁷ Sulle possibili “cause” – di origine legislativa e giurisprudenziale – che stanno a fondamento di questo timore, v. rispettivamente B.G. Mattarella, *Burocrazia normativa: il valore della legge e il ruolo dell’amministrazione*, in *An. giur. econ.*, 2020, 1, 75 ss., e F. Saitta, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022, *passim*.

⁸ Proseguendo nelle considerazioni richiamate nella precedente nota 3, v. così ancora C. Marzuoli, *op. cit.*, 73: «L’indeterminatezza però è molto relativa. La norma non vive in solitudine, si inserisce sempre in un sistema, e parla attraverso l’interprete. E l’interpretazione – della norma nel sistema – tende a trasformare ciò che è generale-generico in qualche cosa di determinato».

⁹ Richiamando alla mente un tradizionale aforisma, in materia medico-chirurgica: «La operazione è perfettamente riuscita, ma il paziente è morto».

strativo ha tradizionalmente qualificato le regole giuridiche emanate da una pubblica amministrazione nei confronti di se stessa (dei propri organi ed uffici), ovvero nei confronti di altre amministrazioni pubbliche (e dei loro organi ed uffici)¹⁰.

La dimostrazione che tali “norme interne” possano e debbano costituire, ad oggi più che nel tempo passato, àncore e bussole essenziali per rendere saldo e guidare ogni esercizio della discrezionalità amministrativa, è contenuta nella ricerca che ha condotto la Prof.ssa Micol Roversi Monaco alla pubblicazione della Sua eccellente monografia, intitolata: *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*¹¹.

2. *Completezza, approfondimento ed originalità: uno studio sistematico*

A differenza della modestia insita nel suo sotto-titolo (“Uno studio introduttivo”), la monografia enuncia precisamente le ragioni della ricerca e, dopo una prima parte esaustiva e ricognitiva, costruisce una vera e propria teoria generale delle “norme interne”, in specie per ciò che concerne la loro tassonomia, nozione, efficacia e funzione.

Non è mai facile che alle intenzioni sistematiche, e proprio in quanto tali, si accompagni l’adozione di un metodo approfondito ed originale, capace di realizzare quelle stesse intenzioni: questa monografia, in ogni caso, vi riesce pienamente.

Le ragioni della indagine sono, già dal suo inizio¹², chiaramente dichiarate e motivate.

Anteriormente alle profonde riforme legislative che, a fare data dall’anno 1990, hanno interessato l’organizzazione e l’attività delle amministrazioni pubbliche, la dottrina italiana del diritto amministrativo aveva dedicato grande attenzione al tema delle “norme interne”¹³.

Dopo queste riforme, l’attenzione si è invece rivolta allo studio di singole tipologie e fattispecie qualificabili alla stregua di “norme interne”, alla loro natu-

¹⁰ Sia consentito rinviare sul punto, in termini meramente definitori, a G. Bottino, *Norme interne*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 435 ss.

¹¹ M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020.

¹² M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 13.

¹³ La ricostruzione di questi contributi dottrinali, condotta in ordine cronologico, è tanto esaustiva quanto – e nel merito delle tesi sostenute dai singoli Autori – approfondita (M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 31 ss.): più in particolare, si tratta degli scritti di Santi Romano, Oreste Ranelletti, Federico Cammeo, Guido Zanobini, Giovanni Salemi, Enzo Silvestri, Vittorio Ottaviano, Franco Bassi, Giovanni Battista Verbari, Massimo Severo Giannini ed Antonio Barone.

ra giuridica (in specie in termini di “posizionamento” nel sistema delle fonti), ed ai loro effetti¹⁴.

Come esattamente afferma l'Autrice¹⁵, è tuttavia proprio a causa di queste riforme legislative – originate dall'anno 1990, e tuttora indomite – che si dimostra vieppiù necessario non abbandonare l'obiettivo di una ricerca sistematica sulle “norme interne”: dapprima su di una loro ricognizione empirica e sulle plurime denominazioni che, all'interno dell'ordinamento giuridico-amministrativo italiano, tali norme ad oggi assumono; di poi, e proprio in conseguenza di questo metodo induttivo, elaborare una nozione unitaria, capace di individuarne gli effetti e le funzioni.

Nozione, effetti e funzioni che – come si avrà cura di considerare dopo avere dato atto, in questo paragrafo, dell'accuratezza con la quale la monografia genera una tassonomia delle odierne “norme interne” – costituiscono i risultati della ricerca più originali ed utili: utili, più in particolare, a fare sì che le “norme interne” possano e debbano essere considerate, dagli organi di ciascuna pubblica amministrazione, uno strumento capace di fondare ed orientare ogni motivato, concreto ed ampio esercizio della discrezionalità amministrativa, non timoroso, né cautelare o difensivo.

Per la ricognizione di tutte le tipologie di “norme interne” ad oggi esistenti, e fermo restando il presupposto della loro «atipicità» ed «eterogeneità», l'Autrice utilizza la distinzione tra «norme interne-atto» e «norme interne-fatto»¹⁶.

Con riguardo alle «norme interne-atto», si procede attraverso una loro ulteriore suddivisione in «norme interne di auto-organizzazione», ed in «norme interne di auto-limite»: tra le prime vengono annoverate gli «statuti» (degli enti territoriali e, più in generale, degli enti pubblici non economici), i «regolamenti» e gli «atti generali di organizzazione» (paradigmatici, al proposito, i regolamenti previsti dall'art. 17, legge n. 400 del 1988, ed i regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi), le «linee di indirizzo» ed i «piani» (in specie in materia di fabbisogni, obiettivi, e performance nel lavoro pubblico), infine gli «accordi organizzativi» tra le amministrazioni pubbliche (ancora a paradigma, gli accordi disciplinati dall'art. 15 della legge 241/1990 e dall'art. 34 del d.lgs. 267/2000).

Tra le seconde – le «norme interne di auto-limite», ovvero limite al conseguente esercizio in concreto, e mediante il singolo atto o comportamento amministrativo, del potere discrezionale – la ricerca enumera ed esamina le seguenti categorie:

¹⁴ Anche per questi contributi dottrinali la monografia (M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 70 ss.) provvede ad una analisi, sempre in ordine cronologico, altrettanto completa e profonda: si tratta degli scritti di Girolamo Sciuillo, Gabriele Bottino, Alessandro Cioffi e Marco Mazzamuto.

¹⁵ M. Roversi Monaco, *op. cit.* 22 ss.

¹⁶ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 105 ss.

- a) le «istruzioni, direttive, raccomandazioni, note e circolari» individuando, per ciascuna di esse, il relativo contenuto cogente: rispettivamente, il «comando», le «attività», i «criteri di apprezzamento dell'interesse pubblico», ed i canoni di «interpretazione di norme o sentenze»;
- b) i «programmi», i «piani»¹⁷ e le «strategie» (in specie in materia ambientale, economica, di governo del territorio, di prevenzione e contrasto alla corruzione), esattamente qualificati alla stregua di strumenti capaci – ricorrendo direttamente alle parole della Autrice – di prefigurare «le scelte dell'amministrazione, conformando la successiva attività amministrativa e garantendo certezza di obiettivi sia per i cittadini (e, in particolare, gli operatori economici) sia per i dipendenti pubblici»¹⁸;
- c) le «linee-guida», con particolare attenzione a quelle concernenti i contratti pubblici, la sanità e l'ambiente, e con altrettanta cura nel differenziarle in ragione della loro capacità – ove emanate da una pubblica amministrazione, nei confronti di altre amministrazioni pubbliche – di «vincolare» o «non vincolare», giuridicamente, le amministrazioni che ne sono destinatarie;
- d) le «norme tecniche» (certamente elettive, quelle in materia urbanistica ed edilizia), ed i «bandi-tipo» (in materia di approvvigionamento di servizi e forniture, in specie ad elevato contenuto tecnologico);
- e) i «regolamenti» per la disciplina dei procedimenti amministrativi di competenza delle singole amministrazioni pubbliche (art. 2 della legge 241/1990), e per il reclutamento del personale alle dipendenze delle medesime amministrazioni (art. 35 del d.lgs. 165/2001);
- f) i «codici di comportamento» dei dipendenti pubblici (emanati da ciascuna amministrazione pubblica, in attuazione dell'art. 54 del d.lgs. 165/2001, ed anche allo scopo di prevenire le fattispecie di «conflitto di interessi» rilevanti nei singoli procedimenti amministrativi, a norma dell'art. 6-*bis* della legge 241/1990), ed i «codici etici» (adottati, tra gli altri, all'interno dell'ordinamento universitario, dal singolo Ateneo, in attuazione dell'art. 2, comma 4, della legge 240/2010): particolare pregio, sul punto, dimostrano le considerazioni critiche che la monografia svolge sulle difficoltà di distinguere chiaramente le due tipologie di «codici»¹⁹.

Così esaustivamente compiuta la tassonomia delle «norme interne-atto», le restanti «norme interne-fatto» consistono nella «prassi amministrativa», propria

¹⁷ La monografia è stata evidentemente pubblicata anteriormente alla adozione dell'odierno «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)»: si può tuttavia affermare che esso rappresenti il paradigma delle «norme interne» ascrivibili al *genus* della «pianificazione». In argomento, v. *amplius*, M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 2021, 12, 1 ss.

¹⁸ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 141.

¹⁹ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 167 ss.

della quotidiana attività di ogni pubblica amministrazione: si tratta di «comportamenti tenuti dall'amministrazione [consistenti nel] reiterarsi dell'applicazione di una regola di buona amministrazione intesa come massima di esperienza, e con il radicarsi del convincimento della sua doverosità»²⁰.

Altrettanto pertinenti e convincenti, in ordine a queste fattispecie, le riflessioni attraverso le quali l'Autrice dimostra come tali «prassi comportamentali» – dovendosi necessariamente distinguere dalle «circolari», «note» ed «istruzioni», precedentemente esaminate e qualificate come «norme interne-atto» – scontano le incertezze derivanti dal tempo e dai criteri adeguati a raggiungere una loro «cristallizzazione», vale a dire a fare sì che questi «fatti normativi» divengano visibili e conoscibili, dapprima agli stessi organi che li reiterano (con maggiore o minore consapevolezza), di poi alla collettività amministrata.

3. *La nozione di “norma interna” come ragione, e fondamento, degli effetti generati dalle “norme interne”*

È proprio grazie a questa minuziosa ed approfondita tassonomia, che la monografia può pervenire – come sua naturale conseguenza – ad una definizione, chiara ed originale, della nozione di “norma interna”.

La «scelta» – ancora ricorrendo direttamente alle parole della Autrice²¹ – è per una nozione «basata solo su elementi soggettivi (autore e destinatario) e oggettivi (generalità e astrattezza)», in grado di «superare» i «due elementi» che, dalla dottrina molto risalente nel tempo²², «sono stati considerati [...] come caratterizzanti il fenomeno in questione»: l'incapacità, da parte delle norme interne, di produrre «effetti giuridici» (il loro essere, nella forma e nella sostanza, delle “non norme”: è questo il primo elemento da superare); la convinzione che, anche qualora si riconoscesse alle “norme interne” la capacità di generare «effetti giuridici», tali effetti sarebbero diversi da quelli che sono invece capaci di produrre le «norme giuridiche dell'ordinamento generale» (e tra di esse, più in particolare, le fonti normative di rango primario: è questo il secondo elemento, che merita di essere altrettanto superato).

Se, infatti, una norma può essere qualificata in termini di «norma esterna non in quanto dotata di effetti nell'ordinamento giuridico generale, bensì in quanto» essa è «rivolta a soggetti esterni alla pubblica amministrazione» (la collet-

²⁰ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 174 ss.

²¹ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 91 ss.

²² Si tratta dei contributi dottrinali richiamati nella precedente nota 13.

tività amministrata)²³, ne discende che sono allora “norme interne” tutti quegli “atti o fatti”, diversi da «fonti del diritto primarie»²⁴:

- a) che contengono «una regola di comportamento generale e astratta» (ecco la “oggettività” della nozione individuata dalla Autrice);
- b) che provengono «da un ente o più enti qualificabili come pubbliche amministrazioni», e che abbiano «come destinatari diretti uffici all’interno della persona giuridica che ha adottato l’atto, oppure [uffici] di persone giuridiche pubbliche diverse da quest’ultima» (è, questa, la “soggettività” della nozione costruita dalla Autrice).

Le conseguenze di questa nuova definizione sono straordinariamente importanti, e si riverberano direttamente sugli effetti giuridici che le “norme interne” sono in grado di produrre, tanto all’interno delle stesse pubbliche amministrazioni, quanto al loro esterno, nei confronti della collettività amministrata.

All’interno della pubblica amministrazione (sia essa produttrice e destinataria di una “norma interna”, ovvero ne sia soltanto destinataria)²⁵, la violazione di tale norma produce sempre responsabilità disciplinari (a norma degli articoli 55 ss. del d.lgs. 165/2001), erariali (*ex art.* 18 del D.P.R. 3/1957, ove alla medesima violazione si accompagna la produzione, con dolo o colpa grave, di un danno suscettibile di apprezzamento economico), nonché civili e penali (dal momento che «la violazione di norme interne [...] configura l’elemento soggettivo della colpa»)²⁶.

Parimenti l’agente pubblico – sia esso titolare di un organo politico di governo, ovvero dirigente o funzionario deputato alla gestione amministrativa – che conosce la “norma interna”, che vi si attiene, e che la applica nella adozione dei propri atti e comportamenti discrezionali, trova in essa (*rectius*, nell’adeguare ad essa l’esercizio del proprio potere discrezionale) un sicuro ancoraggio, volto a scriminare le medesime responsabilità: gli effetti di tutto questo, sulla percezione che gli agenti pubblici nutrono in ordine al “rischio” delle proprie scelte discrezionali²⁷, sono di assoluta evidenza.

All’esterno della pubblica amministrazione (sia essa ancora soltanto produttrice e, o, anche destinataria di una “norma interna”), e dunque nei confronti della collettività amministrata, gli effetti prodotti dalle “norme interne” differiscono invece in ragione del fatto che l’ordinamento giuridico generale (la Costituzione,

²³ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 95.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 179 ss.

²⁶ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 181.

²⁷ In argomento sia consentito rinviare a G. Bottino, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Napoli, 2017, in specie 23 ss.

e le fonti normative di rango primario) attribuisca(no) ad esse una «piena rilevanza», ovvero una «rilevanza parziale»²⁸.

Ove infatti l'ordinamento giuridico generale conferisce «piena rilevanza» alle «norme interne», ne consegue che tali norme possono «essere considerate parametro per il vizio di violazione di legge»²⁹, innanzi al giudice amministrativo chiamato a sindacare la legittimità di un atto o comportamento discrezionale, adottato in contrasto con esse.

Dal conferimento, alle «norme interne», di una «rilevanza parziale», discende invece il fatto che – sempre all'interno del giudizio amministrativo di legittimità – la loro violazione costituisce «un sintomo di eccesso di potere»³⁰: «il che comporta la necessità di verificare se la deroga» – vale a dire l'atto od il comportamento amministrativo discrezionale, fatto oggetto di sindacato giurisdizionale proprio a causa della sua mancata conformità alla «norma interna» – «sia [o meno] supportata da idonea motivazione»³¹.

Il meccanismo che lo studio monografico individua – al fine di differenziare tale «piena» o «parziale» rilevanza (e riconoscimento) delle «norme interne», nei confronti (e ad opera) dell'ordinamento giuridico generale – è tanto semplice, quanto profondo e bene argomentato³².

La «piena rilevanza» delle «norme interne», all'interno (e ad opera) dell'ordinamento giuridico generale, si verifica soltanto in presenza di quattro fattispecie – tra loro alternative, e non mutuamente esclusive – l'ultima delle quali è, a mio avviso, la più interessante, ancora per ciò che concerne gli effetti positivi – in termini di certezza ed attenuazione del rischio delle responsabilità – che dapprima la adozione, di poi il rispetto delle «norme interne», è in grado di generare sugli atti e sui comportamenti adottati dagli agenti pubblici (amministratori, dirigenti e funzionari), nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa.

Le prime tre fattispecie sono così enucleate³³: 1) il fatto che una norma costituzionale o legislativa «istituisca» la «norma interna», la preveda espressamente, ed individui la pubblica amministrazione competente alla sua emanazione; 2) il fatto che, sempre una norma costituzionale o legislativa, «equipari» una «norma interna» – esplicitamente, od anche soltanto per il fatto che, alla pubblica amministrazione chiamata ad adottarla, sia riconosciuta «autonomia normativa»³⁴ – ad una fonte di rango primario o secondario; 3) infine il fatto

²⁸ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 190 ss.

²⁹ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 194.

³⁰ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 205 ss.

³¹ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 207.

³² M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 195 ss.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Sul punto, si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo successivo a questo.

che, una fonte normativa di rango primario o secondario, «rinvii formalmente» ad una “norma interna”, stabilendo che «una determinata fattispecie [debba essere] regolata da quest’ultima»³⁵.

La quarta fattispecie è frutto di una argomentazione della Autrice, ed è bene articolata mediante i seguenti passaggi logico-giuridici³⁶: un effetto estremamente rilevante, che può essere prodotto dalle “norme interne” – una sorta di loro effetto ontologico ed elettivo – consiste nella capacità di «tutelare la certezza e prevedibilità dell’azione amministrativa, insista nel principio della tutela del legittimo affidamento, declinazione del principio di buona fede oggettiva»³⁷; questa tutela della certezza e della prevedibilità dell’agire pubblico è essenziale tanto per gli stessi organi che, all’interno delle amministrazioni pubbliche, adottano atti e comportamenti discrezionali (poiché ad una maggiore certezza e prevedibilità corrisponde una minore esposizione al rischio delle responsabilità), quanto per i soggetti – in specie gli operatori economici – che quotidianamente interagiscono con le medesime amministrazioni (poiché ancora, ad una maggiore certezza e prevedibilità, corrisponde una maggiore tutela del rispetto dei tempi e degli esiti, motivati, dei singoli procedimenti amministrativi)³⁸; le “norme interne”, letteralmente colmando lo spazio che intercorre tra il precetto normativo di fonte primaria (le leggi), e gli atti-comportamenti discrezionali adottati dagli organi della pubbliche amministrazioni, sono in grado di assolvere questo effetto di tutela della certezza e prevedibilità dell’agire pubblico soltanto se esse sono rese conoscibili, e conosciute dai relativi destinatari, all’esterno della amministrazione pubblica che le ha emanate; questa conoscibilità e conoscenza sono ad oggi normativamente rese obbligatorie dall’art. 12, comma 1³⁹, del d.lgs. 33/2013, la cui cogenza è espressamente sanzionata, a norma degli articoli 43 ss. del medesimo testo normativo.

³⁵ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 196.

³⁶ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 198 ss.

³⁷ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 198 e, nella nota 60, il richiamo al fondamentale studio di F. Merusi, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

³⁸ Emanato dopo la pubblicazione della monografia, l’odierno art. 1, comma 2-*bis*, della legge 241/1990, sostiene perfettamente – sul piano normativo – il ragionamento dell’Autrice: «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

³⁹ Cfr. l’art. 12, comma 1, del d.lgs. 33/2013 ove si stabilisce che: «Le pubbliche amministrazioni pubblicano sui propri siti istituzionali [...] le direttive, le circolari, i programmi e le istruzioni emanati dall’amministrazione e ogni atto, previsto dalla legge o comunque adottato, che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti ovvero nei quali si determina l’interpretazione di norme giuridiche che le riguardano o si dettano disposizioni per l’applicazione di esse, ivi compresi i codici di condotta, le misure integrative di prevenzione della corruzione [...], i documenti di programmazione strategico-gestionale e gli atti degli organismi indipendenti di valutazione».

4. *A che cosa servono le “norme interne”: l'autonomia è riserva di normazione interna*

È proprio attraverso la quarta fattispecie, considerata al termine del precedente paragrafo, e che determina la «piena rilevanza» delle “norme interne” all'interno (e ad opera) dell'ordinamento giuridico generale, che la monografia perviene alle sue conclusioni, con riguardo alle funzioni che possono essere utilmente adempiute da ogni singola “norma interna”, ed indipendentemente dalla propria denominazione e classificazione.

Si tratta di conclusioni che, attingendo direttamente al tema della «autonomia» delle pubbliche amministrazioni, consentono di collegare perfettamente – e reciprocamente – la ricerca della Prof.ssa Micol Roversi Monaco, con l'eccellente studio condotto e pubblicato, sempre sul tema delle “norme interne”, dai Professori Fabrizio Fracchia e Massimo Occhiena⁴⁰.

Ove l'ordinamento giuridico generale – in questo senso, direttamente la Costituzione – riconosce infatti espressamente, ad alcune amministrazioni pubbliche, il loro essere «autonome» (soltanto ad esemplificare: gli enti territoriali, a norma degli articoli 5 e 114 Cost., siccome le istituzioni di alta cultura, le università e le accademie, a norma dell'art. 33, ultimo comma, Cost.), allora «il potere di dettare norme interne è [...] un potere che non necessita di riconoscimento da parte del legislatore, [...] è un potere connaturato all'amministrazione»⁴¹, è un potere connaturato al suo stesso «ordinamento giuridico interno»⁴².

Ma vi è di più: alla luce della loro «autonomia» ordinamentale, queste pubbliche amministrazioni non hanno soltanto la «facoltà», bensì un vero e proprio «dovere» di dotarsi di “norme interne”, la cui funzione ed utilità consiste nella «migliore e più completa attuazione delle finalità perseguite [dall'ordinamento generale]»⁴³, vale a dire dalla Costituzione e dalle fonti legislative.

Quando le finalità perseguite dalla Costituzione, e dalle singole fonti legislative a ciò deputate (a ciò deputate mediante la conseguente “organizzazione dei pubblici uffici”, dall'art. 97, comma 2, Cost.), devono essere pertanto attuate ad

⁴⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020.

⁴¹ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 219.

⁴² È questa la teorica della “norma interna” che è fondata da Santi Romano, nelle pagine conclusive della Sua magistrale opera, *L'Ordinamento Giuridico* (nella edizione Sansoni, Firenze, 1962, ristampa della II edizione dell'anno 1946, si tratta delle pagine 219 ss.). È nello sviluppo di questa teorica che si pongono le illuminanti riflessioni di A. Cioffi, *Sulla norma interna e sull'autonomia della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, I, 73 ss., e le ampie ed approfondite considerazioni svolte da F. Fracchia, M. Occhiena, *op. cit.*, in specie 25 ss.

⁴³ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, ancora 219.

opera delle amministrazioni pubbliche alle quali la Costituzione attribuisce lo *status* di «ordinamento autonomo», questa attuazione deve avvenire così⁴⁴.

Dapprima attraverso la adozione di “norme interne” capaci di rispondere alle specificità proprie del singolo «ordinamento autonomo», e di orientare il potere amministrativo che la fonte normativa di rango primario attribuisce a questo stesso “ordinamento-amministrazione”, alla stregua di potere discrezionale (e non vincolato): così osservate, le “norme interne” rappresentano una perfetta e coerente “catena di trasmissione”, tra la generalità e la astrattezza della fonte legislativa, e la concretezza dell’agire pubblico.

Di poi mediante atti e comportamenti discrezionali – adottati all’interno ed a conclusione di ciascun procedimento amministrativo, la cui competenza è attribuita a queste stesse amministrazioni pubbliche ad “ordinamento autonomo” – che non possono discostarsi (se non con ampia ed approfondita motivazione) dal contenuto delle “norme interne”, e che hanno lo scopo di attuare in concreto, con la «flessibilità ed elasticità»⁴⁵ connaturate ad ogni potere discrezionale, le finalità dell’ordinamento giuridico generale (ancora la Costituzione, e le fonti legislative).

⁴⁴ Si tratta, all’interno della monografia, di un suo passaggio fondamentale: lo «spazio riservato alla funzione amministrativa» (221) diviene lo spazio riservato alla «normazione interna» (237 ss.). Sempre pertinenti e persuasive, a motivare questo passaggio, le riflessioni che l’Autrice svolge attraverso le opere di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, e D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996.

⁴⁵ M. Roversi Monaco, *op. cit.*, 237.

Norme interne e discrezionalità della pubblica amministrazione

Lo scritto esamina il rapporto che intercorre tra la Costituzione, le leggi, e l'esercizio del potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni.

Tra queste fonti normative, e la discrezionalità amministrativa, esiste infatti uno "spazio" che può e deve essere occupato dalle "norme interne": ciò anche al fine di lenire il timore che gli amministratori ed i funzionari pubblici nutrono in merito alle responsabilità (penali, civili ed erariali) che possono essere azionate in conseguenza degli effetti generati dall'esercizio dei propri poteri discrezionali.

Queste tematiche sono costantemente lette alla luce della eccellente monografia dedicata, alle "norme interne", dalla Prof.ssa Micol Roversi Monaco: l'analisi condotta all'interno del libro è infatti sistematica, completa, approfondita ed originale, sia per ciò che concerne la definizione stessa di "norma interna", sia in ordine ai suoi effetti ed alle sue funzioni.

Internal rules and discretion of public administration

The paper examines the relationship between the Constitution, laws, and the exercise of discretionary power by public administrations.

In fact, between these normative sources, and administrative discretion, there is a "space" that can and must be occupied by "internal rules": this is also in order to alleviate the fear that administrators and public officials have regarding the responsibilities (criminal, civil and treasury) that can be triggered as a result of the effects generated by the exercise of their discretionary powers.

These issues are constantly read in the light of the excellent monograph dedicated, to "internal rules" by Prof. Micol Roversi Monaco: the analysis conducted within the book is in fact systematic, complete, thorough and original, both with regard to the definition of "internal rule" itself, and with regard to its effects and functions.

La norma interna nell'ordinamento giuridico

[Sul libro *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, di Fabrizio Fracchia e Massimo Occhiena, Editoriale scientifica, Napoli, 2020]

Alessandro Cioffi

SOMMARIO: 1. Premessa: un libro indovinato. – 2. Impostazione di metodo e cenni a teorie diverse: il punto di vista dell'ordinamento generale e dell'ordinamento particolare. – 3. La teoria della norma interna. – 4. Significato della norma interna e conferme della teoria nel diritto positivo. – 5. Norma interna, istituzione e creazione del diritto.

1. *Premessa: un libro indovinato**

L'ultima pagina de «*L'ordinamento giuridico*» di Santi Romano è dedicata alla norma interna e non è un caso¹. Difatti, la norma interna presenta all'interprete un formidabile problema: quel che l'amministrazione esprime con la norma interna è ordinamento giuridico?

Il libro di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena risolve questo problema². È un libro sulla norma interna ma in fondo è un libro sull'origine e sul limite del diritto amministrativo. L'opera, difatti, inquadra la norma interna svolgen-

* Il testo riproduce, con aggiunte e note, la relazione tenuta nel seminario di dottorato dal titolo «*Le norme interne nel sistema delle fonti (Riflessioni a margine di: F. Fracchia, M. Occhiena, Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti*, Napoli, 2020; M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020)», a cura del Prof. Fabio Saitta e della Prof.ssa Annalaura Giannelli, Università Magna Grecia di Catanzaro, 28 giugno 2022, con la partecipazione degli Autori e del Prof. Gabriele Bottino come relatore.

¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, ora in *L'ultimo Santi Romano*, a cura di Alb. Romano, Milano, 2013, 156.

² F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti. Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale*, Napoli, 2020.

In parallelo ad esso, esce un altro Volume: M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020. L'opera è stata anch'essa oggetto di recensione nel citato seminario del 28 giugno 2022 e, in particolare, di una relazione del Prof. Gabriele Bottino.

do il passaggio dal punto interno al punto giuridico. In questo sviluppo, suggerisce al lettore una constatazione di fondo, che non si impone, ma che sembra insita nell'ordine del racconto: la norma interna – scrive Massimo Occhiena – è una “non norma” e ha una sua “teologia negativa”³. Il che apre a nuove possibilità: la norma interna è diversa dalla norma giuridica, ma ha una sua dimensione giuridica, perché è espressione di organizzazione e di un particolare ordinamento⁴. Così, grazie alla teoria della pluralità degli ordinamenti e alla dimostrazione di Fabrizio Fracchia, la norma interna si distacca dalla ricostruzione tradizionale. In particolare, si distacca da quella tradizione che, assumendo la norma giuridica come archetipo e finendo per identificare tutto il diritto con la norma giuridica, inevitabilmente rappresentava la norma interna come una imitazione della norma giuridica, come una “quasi norma”, posta al limite dell'ordinamento giuridico. Il libro supera questa impostazione e tende a qualcos'altro. La sua novità nasce dalla combinazione di rilettura e di invenzione, di passato e di futuro; e così la struttura del libro è in due parti: la prima parte è di Massimo Occhiena ed è una ricostruzione accorta e profonda delle dottrine classiche, e, in fondo, è già una rilettura della norma interna; la seconda parte è di Fabrizio Fracchia e proietta la norma interna negli ordinamenti derivati, in sistemi che sono tutti da regolare. In questo modo la norma interna si presta ad essere “modello” inatteso del nuovo: i social, le reti, l'intelligenza artificiale – secondo quanto suggerisce il sottotitolo del libro⁵.

Ne viene un risultato finale e importante: la norma interna ha una sua “struttura semantica” ed esprime un suo significato, un che d'inconfondibile. Questo significato potrà chiarirsi solo nelle conclusioni, dopo averne raccontato, nelle pagine che seguono, lo sviluppo, ovvero il passaggio da una sfera interna a un qualcosa che si esprime all'esterno ed è diritto. Alla fine della lettura, viene la tentazione di una domanda finale: la teoria di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena, così indovinata e così ben fondata nella teoria della pluralità degli ordinamenti, potrebbe avere una sua valenza generale nel diritto positivo?

In fondo, la norma interna non è forse insita nella legge n. 241 del 1990, nella formula “secondo i rispettivi ordinamenti”, che tante volte in essa si ripete?

³ F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 14.

⁴ F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., spec. 98-132.

⁵ «Spunti per definire un modello teorico-concettuale generale applicabile anche alle reti, ai social e all'intelligenza artificiale».

2. *Impostazione di metodo e cenni a teorie diverse: il punto di vista dell'ordinamento generale e dell'ordinamento particolare*

Pensiamo di sì. La risposta però, come la teoria che il libro sviluppa, ha bisogno di un'avvertenza di metodo, per dare il giusto riconoscimento a teorie che sono apparse, anche di recente, e che tendono a inquadrare diversamente la norma interna⁶.

L'avvertenza di metodo è nel modo di vedere la norma interna: come espressione dell'ordinamento particolare o di quello generale⁷. La versione proposta da Fabrizio Fracchia e da Massimo Occhiena sembra orientata all'ordinamento particolare e derivato. Tuttavia, c'è chi vede il fenomeno dal punto di vista opposto: come espressione dell'universale e, quindi, dei principi. In questa visuale, è l'ordinamento generale che costituisce la norma interna. Difatti, l'ordinamento generale comprende e riassume anche l'istituzione che genera la norma interna; per questo, può costituire la norma interna e tutto ciò che essa presuppone⁸. In questa prospettiva, non esprimendo un suo ordinamento e ricevendo quasi tutto dall'ordinamento generale, la norma interna non si è mai allontanata dall'ordinamento generale e così il "rinvio ad altro" che usualmente le dà vita si riduce a un mero "rinvio", quel rinvio che l'ordinamento generale spesso fa per definire i dettagli, ma che in fondo fa per ricevere immediatamente la realtà sociale, affermando uno spazio che comunque apparterebbe alla sua legge, perché non rappresenta un oggetto diverso e altrui; così che, infine, quel rinvio non presuppone un ordinamento distinto, ma è la "presupposizione" di situazioni singolari e distinte, filtrabili dalla realtà sociale, ma qualificate dall'ordinamento generale stesso; quel rinvio "ad altro", dunque, non presuppone un altro ordinamento giuridico e non è un vero riconoscimento⁹. La conclusione è dunque scontata, se si assume la prospettiva dell'ordinamento generale.

⁶ Cfr. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, X, 62 ss.; M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, Milano, 2020. Più estesamente, v. anche M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 713 ss.

⁷ È una questione di "punto di vista" e di ordinamento: quale ordinamento si scelga come punto di partenza per la individuazione dei valori e dei principi è l'impostazione di R. Cavallo Perin, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, 637 ss., spec. 650-651.

⁸ L'impostazione è di F. Bassi, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Milano, 1963, 210-211: «[...] ci sembra incontestabile che alla nozione di ordinamento interno il Romano sia pervenuto appunto attraverso un raffronto comparativo tra la sfera di efficacia dell'istituzione minore e quella dell'istituzione maggiore che sotto un profilo strutturale la prima ricomprende e assorbe [...]; et adde: «[...] la realtà è che la qualificazione di uno schema precettivo come interno può acquistare un significato soltanto qualora si presupponga la possibilità teorica di una relazione tra le proposizioni prescrittive poste a raffronto [...] ed invero sarà appunto la sussistenza di un siffatto tipo di relazione a rendere piena ragione della rilevanza della proposizione prescrittiva di per sé estranea su di una fattispecie regolata da esso ordinamento: nel che si sostanzia il valore della nostra figura classificatoria» (ivi, 47).

⁹ Che si tratti di un mero rinvio o di un riconoscimento molto limitato è chiaro in F. Bassi, *La norma interna*, cit., 45-46, ove sostiene che gli schemi precettivi della norma interna possono assumere rilievo per l'ordinamento di riferimento solo quando vi sia da parte di quest'ultimo un «riconoscimento indiretto ovvero un

È, questa, una precisazione che, anteposta a queste ultime dottrine, che sono ispirate all'ordinamento generale, può forse chiarire al lettore quello che sembra il loro effetto caratteristico: la norma interna può assumere efficacia oltre sé stessa, oltre il limite interno, donde una sua efficacia o rilevanza giuridica "esterna"¹⁰; per esempio, come violazione di legge o come parametro di responsabilità, civile o amministrativa¹¹. Questa efficacia esterna pone dunque la norma interna sul piano dell'ordinamento generale, creando una assimilazione della norma interna alla norma giuridica, come se fosse una «norma in senso lato»¹², una quasi norma. Ma, attenzione, qui si tratta sempre di un effetto normativo che è costituito per intero dall'ordinamento generale¹³. La visione dell'ordinamento generale, con il suo metodo deduttivo e il suo universalismo di fondo, potrebbe restare valida, se si assume questo punto di vista¹⁴.

riconoscimento diretto ma soltanto parziale [...] un momento di collegamento», come per esempio la «ipotesi della norma c.d. presupposta ed in particolare l'attribuzione di una diretta rilevanza da parte dell'ordinamento di riferimento a concetti [...]».

¹⁰ In questo senso, con una dimostrazione convincente, pur se con esiti diversi rispetto all'opera di Fracchia e Occhiena, v. M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, cit., 273: «Il mutamento più importante, anche dal punto di vista teorico, riguarda, però, la rilevanza giuridica che hanno assunto nell'ordinamento giuridico generale». Per la tesi che la rilevanza esterna derivi non solo dal rinvio in sé ma dai principi generali – di organizzazione, di buon andamento e di affidamento – v. M. Roversi Monaco, *La norma interna nel sistema amministrativo*, cit., 221-255; più estesamente, v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 64, ove sostiene che la norma interna abbia «piena rilevanza giuridica normativa» per la «nuova configurazione costituzionale» dei pubblici uffici; donde la capacità, intrinseca a ogni norma, sia essa interna o di rango sicuramente normativo, di garantire, allo stesso modo, nel concreto, «l'agire imparziale ed efficace» dei pubblici uffici (G. Bottino, *Norme interne*, cit., 65-66).

¹¹ Per esempio, v. l'art. 2 – «Fiducia» – del nuovo Codice dei contratti pubblici, che prevede che vi sia responsabilità dell'amministrazione per violazione di norme giuridiche e per violazione di «autovincoli dell'amministrazione»; sulla questione v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 62-65, per la sequenza ordinamento generale, norma interna, obbligo posto dalla norma interna: violazione e conseguente responsabilità, amministrativa e civile, dell'organo che ha violato la norma interna, sul piano dell'ordinamento generale; sulla questione della violazione di legge v. R. Cavallo Perin, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XV, 657 ss.; nonché A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

¹² G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 63: «[...] assunto natura normativa poiché esse mutano (letteralmente "novano") l'agire dei pubblici uffici. La normatività di tali provvedimenti – il loro essere "norme" in senso lato – discende dal *quid novi* che una circolare, una direttiva, ovvero un'istruzione apportano all'organizzazione e all'azione delle Pubbliche Amministrazioni. Sono dunque norme non in quanto possono essere annoverate tra le fonti del diritto [...], bensì poiché esse devono essere positivamente osservate dagli uffici cui sono rivolte e indirizzate; e poiché, ancora, tale osservanza può essere fatta valere dai terzi interessati in sede di tutela [...]».

¹³ Sembra che il punto sia ben avvertito come problema in F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 25: «la *quaestio* della qualificazione sostanziale della norma interna a scapito della fonte formale rimase una sorta di filo rosso non sempre esplicitato [...] la questione del rapporto con le fonti [...] In sostanza, le norme interne avrebbero completato un lungo tragitto per atterrare, risultandone inglobate, nell'ordinamento generale. Tuttavia, prima di giungere a questi esiti la scienza del diritto amministrativo doveva compiere ancora un lungo e appassionante percorso, contraddistinto da significative innovazioni tecniche».

¹⁴ Per esempio, al fine di determinare la classificazione generale delle norme interne e, nel particolare, per determinare l'esistenza di alcune ipotesi e combinazioni normative costituite dalla sequenza ordinamento generale-norma interna: obbligo posto dalla norma interna, responsabilità dell'organo che ha violato la norma interna, sul piano dell'ordinamento generale – per questo sviluppo v. G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 65-66.

In fondo, tutto dipende dal “punto di vista” che l'interprete assume, generale o particolare. Il primo modo chiaramente vede l'universale e tutto si compie nell'ordinamento generale. Il punto di vista dell'autonomia, viceversa, nasce dal particolare e arriva all'ordinamento generale, assegnando ad esso la funzione non di costituire ma di riconoscere l'ordinamento derivato e di porre precisi limiti all'autonomia (che poi diventano anche i suoi caratteri). Il primo è un metodo deduttivo e il secondo è un metodo induttivo.

Era bene chiarire la questione del metodo, perché, diversamente, sarebbe difficile intendere qualsiasi teoria sulla norma interna. Quella di Fabrizio Fracchia e di Massimo Occhiena svolge un'indagine intensa e profonda, che in queste pagine non può che condensarsi in una breve, e inadeguata, riduzione.

3. *La teoria della norma interna*

La prima parte del Volume si apre con una preoccupazione liberale. La norma interna – scrive Massimo Occhiena – aggiunge «potere a potere» e così rischia di limitare la libertà dei cittadini, perché aggiunge condizioni che ne comprimono l'esercizio¹⁵. Di qui ha inizio una ricostruzione delle dottrine classiche che attraversa tutto il Novecento e arriva a un risultato: la norma interna non è norma giuridica, ma possiede una sua dimensione giuridica¹⁶.

La prima e immediata conseguenza è questa: se la norma interna non è norma giuridica, la violazione della norma interna non può essere violazione di una norma giuridica. Così, la violazione della norma interna, calata nella triade dei vizi di legittimità, non è violazione di legge ma eccesso di potere. È la teoria di Cammeo sulla violazione della circolare come vizio di eccesso di potere¹⁷. Per la precisione, secondo Cammeo, la norma interna attesta quell'elemento che meglio esprime l'interesse pubblico; così, l'atto amministrativo che viola la norma interna è “contro l'interesse pubblico”, e, dunque, è privo di causa, è sviamento.

Questa teoria, nella prima parte del libro, è ben richiamata e messa in evidenza; e il suo rilievo è, giustamente, sentito come fondamentale e, dunque, ci sembra che l'opera assuma la teoria di Cammeo per generare qualcosa di nuovo¹⁸.

¹⁵ Cfr. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 13. È questa una visione liberale che, ci sembra, dà sfondo e luce alla ricostruzione delle dottrine classiche, e che, accuratissima com'è, non si limita a riportare l'esattezza e la forza delle dottrine di Cammeo e degli altri, ma è volta a garantire libertà, perché è volta a dare una maggiore garanzia di giustizia amministrativa.

¹⁶ V. gli sviluppi e le citazioni del libro in tutto questo paragrafo.

¹⁷ F. Cammeo, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107 ss.

¹⁸ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., spec. 17-19 e 23, ove si dice che «la sistemazione teorica sembrava fedele al principio secondo cui la giuridicità coincide con il carattere intersoggettivo delle norme. [...] da questo punto di vista, non si può non ricordare la brillante ricostruzione giuridica proposta da cammeo, che introdusse una soluzione originale e convincente, in grado di offrire rilevanza giuridica alle circolari sotto il

Difatti, quella teoria si può tradurre in positivo: la circolare non esprime la legge, ma il vincolo dell'amministrazione all'interesse pubblico¹⁹.

L'analisi di Massimo Occhiena rivela bene questa intima potenza e mette in luce "l'intensità" del vincolo all'interesse²⁰. Il passo successivo è nel tradurre quell'intensità in una situazione giuridica: scrive Occhiena che, quando l'amministrazione pone la norma interna, esprime un "tipo di potere"²¹; precisamente, quel potere che è espressione dell'ordinamento insito in ogni amministrazione. Tutto è in un passaggio: la norma interna è rilevante non per la sua natura oggettiva, ma perché esprime un particolare ordinamento²². Dunque, il passaggio fondamentale è dalla norma interna all'ordinamento interno. Meglio, a quell'ordinamento che all'amministrazione è particolare, perché rappresenta un potere di autonomia derivante dall'ordinamento giuridico generale, per soddisfare fini specifici. È la teoria della autonomia e della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano. E nel libro è sentita come una "svolta".

Così la norma interna è pronta a fare il suo ingresso nel sistema contemporaneo e a prestarsi a un certo sviluppo, nella seconda parte del libro.

In questa parte, Fabrizio Fracchia scrive che l'ordinamento particolare è il "migliore strumento concettuale" per inquadrare la norma interna e svilupparne le possibilità²³. Qui apre un grande parallelo tra la teoria degli ordinamenti di Santi Romano e la teoria della organizzazione e dei sistemi di Luhmann²⁴. Il punto in comune è un ente organizzato; e il suo organizzarsi è già diritto ed è fattore di un certo sistema giuridico.

Quel particolare sistema, così, è destinato ad aprirsi al nuovo ed è capace di tradurre in diritto le esigenze sopravvenute, come, per esempio, quelle proprie delle reti e dell'intelligenza artificiale.

La visione dell'organizzazione nell'ordinamento derivato permette di vederne la capacità creativa: l'organizzazione "coglie la differenza" insita in una nuova esigenza e la sviluppa da sé. Precisamente, prefigura da sé le regole del gioco valide

profilo dei riflessi sull'atto finale. Questa mossa teorica consentiva di cogliere un carattere essenziale delle norme interne (traguardate dal punto di vista dell'ordinamento generale): la possibilità di derogare alle stesse [...] il che comporta, secondo la prospettiva teorica della contemporanea sistematica, in assenza di emersione di una violazione di legge, il disconoscimento della natura normativa di quei precetti».

¹⁹ La nostra considerazione, espressa nel testo, è riduttiva rispetto alla teoria del libro, ben più ampia, che, nel compiere uno svolgimento che in apparenza è "sotto traccia", mette in luce una vera sistematica: «la percezione [...] del fatto che le norme potrebbero legarsi all'attribuzione di un potere diverso e più circoscritto rispetto alla generica supremazia; [...] l'intersoggettività quale carattere della giuridicità [...]» – v. F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 24-25.

²⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 17.

²¹ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 27.

²² F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 25-29.

²³ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 132.

²⁴ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 89 ss.

per gli altri soggetti, porgendole all'ordinamento generale²⁵. Questo ordinamento, nei limiti che dà all'autonomia, convalida quelle regole, secondo il principio del riconoscimento. In questa luce, la regola che l'organizzazione produce può dirsi "autoprodotta" (è «autoipoiesi»)²⁶. Si tratta, secondo la formula di Fracchia, di «autonomia oggettiva»²⁷. In questo, la figura somiglia all'autonomia di Santi Romano e all'autonomia amministrativa funzionale di Alberto Romano, con una differenza, che sarà ripresa in seguito²⁸.

Per ora, a noi interessa questo risultato: l'organizzazione-ordinamento è capace di generare una sua "struttura semantica"²⁹. Se ne vedranno gli sviluppi.

4. *Significato della norma interna e conferme della teoria nel diritto positivo*

La dimensione giuridica insita in ogni norma interna e la sua appartenenza all'ordinamento autonomo e particolare dell'amministrazione costituiscono, dunque, quelli che a noi sembrano i maggiori risultati del libro. Sono notevoli e possono portare lontano.

La prima conseguenza, si diceva, è negativa e immediata: la norma interna non è norma giuridica e quindi la sua violazione non è violazione di legge bensì eccesso di potere (teoria di Cammeo). In positivo, la conseguenza è questa: la norma interna non si amalgama con l'ordinamento giuridico generale, non lo costituisce, non si aggiunge alle sue leggi e ai suoi regolamenti. Questo esito, in tutto il libro³⁰, emerge grazie ad una fine ricostruzione dei passi e delle teorie de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano.

Oggi, questo esito non è affatto scontato e ha bisogno di una verifica³¹. Per esempio, la più recente teoria in materia, spiegabile nella visuale dei principi dell'ordinamento generale, vede la violazione della norma interna non come eccesso di pote-

²⁵ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95, 101, 131.

²⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95.

²⁷ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 131.

²⁸ S. Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist., 1983, 14 ss.; Alb. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1987, II, 30 ss. Ma c'è una differenza: la teoria di Fabrizio Fracchia suppone che vi sia un ente organizzato e che dunque il fattore di fondo sia il potere di darsi un'organizzazione, mentre la teoria romaniana suppone non un'organizzazione ma una "istituzione", capace di darsi un proprio ordinamento per soddisfare determinate esigenze. Sul concetto di istituzione, che è diverso dal concetto di organizzazione, v. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 27-33; la precisazione del concetto di istituzione serve alle conclusioni e quindi è nel paragrafo finale.

²⁹ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 93-95, 101.

³⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 27-29, spec. 29 e poi 106.

³¹ Si riceve qui l'impostazione di metodo di F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale. Studi in onore di F. Bassi*, Napoli, 2015, I, 233 ss., che collega ai principi generali il trattamento processuale di alcune tipologie di circolari.

re bensì come violazione di legge³². In questa stessa luce, in giurisprudenza, Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017 n. 5664 dice che «secondo la ricostruzione alla quale accede la dottrina più moderna, anche le circolari, nel quadro della particolare eterogeneità che le connota, possono assumere carattere propriamente normativo (circolare-regolamento), in assenza di uno schema tipizzato volta per volta dal legislatore»³³.

Una breve verifica, dunque, sembra utile. In quest'ottica, parte della giurisprudenza, come Tar Lazio, sez. I, 27 luglio 2021 n. 8989, è di segno opposto e sembra molto interessante. La sentenza è in materia di diritto alle ferie non godute nell'ordinamento militare; finisce per annullare una circolare, che l'amministrazione militare assume a motivo di diniego del diritto ad un credito per le ferie non godute. Nel caso di specie, la norma giuridica applicabile (legge), stabilisce che il diritto alle ferie non godute consiste di una somma di denaro e matura quando il mancato godimento sia dovuto ad «esigenze di servizio», accertate *ex officio*; la circolare, invece, imponeva un elemento in più, ovvero una domanda di licenza da parte del militare, che non era prevista nella legge; in questo modo, la circolare impone nel procedimento una fase in più, la domanda di parte, e, in termini sostanziali, impone al diritto soggettivo un presupposto di esistenza che è in più perché non è previsto dalla legge. E infatti la sentenza stabilisce che la circolare «non è fonte di diritto ma norma interna che vincola [...] gli uffici all'interno dell'Amministrazione [...] Ma non può, viceversa, desumersi dalla norma interna, proprio in quanto priva di valenza giuridica e vincolante nell'ordinamento generale [...] la determinazione di *presupposti costitutivi del diritto, ulteriori rispetto a quelli definiti dalle norme che di quel diritto sono la fonte*»³⁴.

In negativo, dunque, la circolare non può determinare un nuovo presupposto costitutivo del diritto e, dunque, come ben detto nel libro, la norma interna non può aggiungere nulla alle norme giuridiche, «non si amalgama» con l'ordinamento generale. Si conferma così la teoria tradizionale di Cammeo e di Santi Romano e, oggi, quella del libro, per cui la norma interna non è norma giuridica.

In positivo, la norma interna è vincolo all'interesse e il suo contenuto è la precisa indicazione di quell'elemento che dia precisa definizione all'interesse pubblico. Il che rivela, come scrive Massimo Occhiena, la «intensità» del vincolo che

³² M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano*, cit., 275: la «piena rilevanza nell'ordinamento giuridico generale» conduce al superamento della dottrina dell'eccesso di potere e «si ritiene, infatti, che tali atti, anche se non qualificabili come fonti del diritto, siano da intendere come non derogabili, costituendo "autolimiti rinforzati" in forza della loro pubblicazione». Su questo aspetto, più cauto è G. Bottino, *Norme interne (dir. amm.)*, cit., 65: «Ancora da esplorare nei suoi integrali sviluppi [...] è la possibilità di sussumere la violazione di circolari [...] nell'ambito della violazione di legge. Si tratta, in tale fattispecie, della possibilità che l'azione amministrativa in contrasto con le norme interne violi l'affidamento e la buona fede». Infine, in senso negativo, per la tesi che la violazione di circolare non può essere violazione di legge, v. F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit., 250.

³³ Ma è un *obiter dictum* – il caso sarà trattato meglio in seguito.

³⁴ Il corsivo è nostro.

è insito nella norma interna. E difatti il vincolo all'interesse, aggiungiamo noi, non è vincolo imperativo ma vincolo funzionale. Non esprime la volontà della legge e non imprime nella norma interna l'esatta ripetizione della volontà normativa o un suo sviluppo; la norma interna rivela solo quell'elemento che meglio esprime il valore di ciò che può essere il pubblico interesse nel concreto, suggerendone la migliore soddisfazione³⁵. Per questo, può essere oggetto di un giudizio negativo di non adeguatezza, sotto forma di eccesso di potere e mai in termini di violazione di legge³⁶. Per questo, inoltre, la norma interna è elastica e suppone il potere dell'amministrazione di discostarsi dal vincolo interno, per una questione che non è solo di legittimità ma di merito amministrativo³⁷.

Tutto questo, dunque, in una prima conclusione, sembra che non abbia molto a che vedere con la norma giuridica e con il dover essere, ma con l'essere. Riguarda l'agire dell'amministrazione e la sua autonomia³⁸. Questa autonomia non è libera (come quella privata), ma è autonomia funzionale³⁹. Difatti, è riconosciuta per soddisfare i fini pubblici previsti *ex lege*.

Rispetto alla definizione teorica dell'autonomia amministrativa, si fa una considerazione in più. Si sa che l'autonomia è espressione della capacità giuridica del soggetto di generare da sé situazioni giuridiche soggettive, ovvero di costituire, modificare o estinguere quelle situazioni, secondo la formula classica del provvedimento, che ha un'evidente matrice nel negozio e nell'autonomia privata, e che, dunque, si traduce nella disponibilità giuridica degli interessi⁴⁰. Ne viene un risultato: l'interesse si trasfonde in effetto giuridico, ma non *ex lege* bensì grazie all'eser-

³⁵ In questo senso, pur partendo da premesse di ordinamento generale e maturando risultati diversi da quelli del libro di Fracchia-Occhiena, v. le conclusioni teoriche della dottrina più recente – v. M. Roversi Monaco, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano*, cit., 276: «Le norme interne, inoltre, hanno la funzione di garantire la funzionalità dell'organizzazione e dell'attività amministrativa», al fine di «perseguire gli interessi pubblici predeterminati dalla legge».

³⁶ Molto chiaro su questo punto è F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit., 250, che stigmatizza la ricostruzione normativa della circolare, assumendo che «Tale ricostruzione si fonda, infatti, su un parallelo con i regolamenti che, stante la radicale diversità di questi ultimi rispetto alle circolari, risulta del tutto fuorviante».

³⁷ Ne deriva il carattere tipico che la dottrina del Novecento riconosce con sicurezza alla norma interna: essa precisa meglio l'interesse pubblico e lo migliora nel grado e nel valore, ma non lo impone: così l'amministrazione può discostarsi dalla circolare, motivando e indicando quale sia l'altro utile pubblico che permette di disattenderla.

³⁸ Qui si vede una differenza tra l'impostazione del libro e la nostra versione, che si svilupperà nel testo da questo punto in poi. Ed è questa: mentre il significato particolare della norma interna, e l'effetto giuridico che ne deriva, sono frutto del potere di organizzarsi – v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 112: «[...] giova ancora indugiare brevemente sul fatto che le norme interne sono espressione di un principio di autorganizzazione, che rimane distinto dallo svolgimento di un potere in senso proprio [...]» –, per noi sono il risultato dell'esercizio del potere amministrativo in senso proprio, visibile nel costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive, per mezzo di provvedimenti.

³⁹ v. Alb. Romano, *Autonomia nel diritto pubblico*, cit., 30-32.

⁴⁰ v. Santi Romano, *Atti e negozi giuridici, Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 3 ss., 13.

cizio del potere di autonomia⁴¹. Genera così un'efficacia giuridica che è anch'essa funzionale agli interessi⁴².

Questo è l'oggetto che sembra più pertinente alla norma interna. La norma interna riguarda l'autonomia funzionale dell'amministrazione. In teoria generale, non è altro che il «determinismo spirituale» dei fini e degli interessi⁴³.

È in questo "spirito" e in tutto questo spazio che agisce la norma interna. Si manifesta come un momento riflessivo dell'autonomia amministrativa; precisamente – ed è detto molto bene nel libro – tra l'esercizio del potere e l'atto finale può interpersi un momento di riflessione, un'anticipazione, un darsi un significato e una direzione, un criterio. Propriamente, è una "volizione preliminare", e, correttamente, nel libro è richiamata la teoria di Alberto Romano, del potere che prefigura una futura decisione, il futuro contenuto del provvedimento amministrativo⁴⁴, ma anche la possibilità di discostarsene, lo sdoppiamento, la dissociazione, al momento opportuno.

Tutto questo, in conclusione, è possibile non solo perché la norma interna non è norma giuridica, ma perché è espressione interiore del potere di autonomia. Più precisamente, per Fabrizio Fracchia, la norma interna è espressione del potere di darsi un'organizzazione; ed è autonomia oggettiva⁴⁵.

Nel libro questo passaggio sembra venire dalla "scoperta" della teoria romana, ma, in fondo, è anche una "scoperta" degli autori stessi, che diventa visibile e utile perché restituisce una visione contemporanea dell'organizzazione, insita non solo nell'autonomia ma nell'organizzazione di Luhmann. È una visione che sembra piena di conseguenze. Ne esaminiamo solo una, relativa alla semantica.

La sua premessa, ben colta da Massimo Occhiena, è la dimensione giuridica che è peculiare alla norma interna; su di essa si innesta l'altro risultato, definito da Fabrizio Fracchia nella seconda parte: nell'autonomia, nel darsi un'organizza-

⁴¹ La possibilità di generare effetti per gli interessi è, dunque, il *proprium* del fenomeno, con una specificazione. Nella teoria dell'autonomia, si distingue tra effetto *ex lege* ed effetto *ex actu* e si precisa che, caso per caso, bisogna vedere se l'effetto giuridico sia determinato dalla legge o dall'atto giuridico.

⁴² Talora la legge produce interamente l'effetto, determinando il suo contenuto e le sue modalità. Quando invece la legge riconosce al soggetto il potere di generare effetti giuridici, al fine di soddisfare determinati interessi, l'effetto giuridico è generato dall'esercizio del potere, nel senso che è il potere che lo produce, lo definisce nel suo contenuto e lo rende funzionale ai fini previsti.

⁴³ Cfr. V.E. Orlando, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, introduzione a Santi Romano, *Scritti minori*, (a cura di G. Zanobini), Milano, 1950, I, I ss., XXIII, ove altresì allude a una "potenza generatrice" non solo di effetti giuridici ma di "valori".

⁴⁴ Cfr. Alb. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870 ss.; Alb. Romano, *In tema di circolari amministrative*, *Riv. dir. fin.*, 1959, II, 109 ss.

⁴⁵ v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 112: «[...] giova ancora indugiare brevemente sul fatto che le norme interne sono espressione di un principio di autorganizzazione, che rimane distinto dallo svolgimento di un potere in senso proprio [...]».

zione, vi è sempre la capacità di generare una «struttura semantica»⁴⁶. La struttura organizzata, dunque, esprime un suo significato.

Anche questa semantica trova oggi una precisa conferma in giurisprudenza. Per esempio, Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017 n. 5664, annulla una circolare di un Comune che è utilizzata in un caso particolare, per motivare il diniego di un permesso di costruire. La circolare fissava la nozione di «tessuto urbanistico edificato», ma la riferiva, contemporaneamente, a parti del territorio che sono di «pertinenza urbanistica di aree edificate» e a parti del territorio che sono «libere ma ricoperte di vegetazione»; pertanto la norma della circolare – dice il Giudice – usa «una formula sintattica che non lascia dedurre, con sufficiente immediatezza», quali siano «gli esatti profili» della «disciplina urbanistica», poiché l'amministrazione si è limitata a richiamare il «concetto astratto ed indefinito di *pertinenza urbanistica*», applicandolo a parti del territorio di natura diversa. Quanto dire che il significato assunto dalla norma interna non è chiaro e quindi va censurato: nel giudizio di legittimità, sotto forma di eccesso di potere e di inadeguatezza della motivazione, e, in positivo, per il suo valore giuridico, perché restituisce un senso che non esprime e non soddisfa al meglio l'interesse pubblico⁴⁷.

5. *Norma interna, "istituzione" e creazione del diritto*

Se la teoria della norma interna esprime un suo significato, che in giurisprudenza è apprezzabile sotto forma di adeguatezza della motivazione, ci si può chiedere cosa valga in generale.

Il suo valore giuridico è tutto in questo punto: la norma interna esprime il significato dell'interesse pubblico nel concreto e costituisce un vincolo all'interesse, che ne determina la valenza, ma, come ben messo in luce nel libro, non è norma giuridica, non si amalgama e non costituisce l'ordinamento generale; e questo perché – aggiungiamo noi, collegando il soggetto all'oggetto – l'istituzione che esprime quel significato non si assorbe nello Stato (e nell'ordinamento generale), ma è irriducibile: il significato che quell'istituzione esprime è inconfondibile.

Questo risultato è da considerare un poco di più, al fine di determinare il limite dell'ordinamento giuridico e quindi la norma interna. Viene in luce benissimo grazie allo scavo delle fonti di Santi Romano effettuato nel libro e per questo nel lettore suscita un'intuizione. Ne *«L'ordinamento giuridico»* Santi Romano

⁴⁶ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 95.

⁴⁷ L'esercizio "al meglio", o la valutazione in peggio dell'interesse, denotano una variazione di grado dell'interesse, di più o di meno, che appartiene al merito e che, fra l'altro, spiega l'elasticità del potere di valutazione, che da sempre le dottrine riconoscono all'amministrazione, ammettendo il potere di discostarsi dalla circolare, motivando per un «diverso utile pubblico», come diceva Cammeo.

si occupa delle norme interne in vari punti della trattazione e poi nell'ultima pagina; ma con una differenza: mentre nei punti intermedi Santi Romano riprende i suoi saggi del passato e spiega la norma interna come espressione di supremazia speciale – e in questa supremazia la norma interna è fuori dall'ordinamento giuridico – nell'ultima pagina del libro la spiegazione cambia e la norma interna è dentro l'ordinamento giuridico. Perché Santi Romano ha abbandonato la spiegazione della supremazia speciale, e proprio nell'ultima pagina?

Questa domanda spinge il lettore verso un approfondimento: chi vada a rileggere quanto Santi Romano scriveva nel 1906 «*Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*», vede che già a quel tempo egli sentiva la supremazia speciale e il suo parallelo con l'ordinamento generale come una «imitazione ridotta», una «illusione»⁴⁸; la vera spiegazione sta altrove ed è nel fatto che l'istituzione–Camera e il suo ordinamento non si assorbono nello Stato e da esso si distinguono, per un solo motivo: perché derivano da una istituzione «a sé stante». Per questo, nell'ultima pagina de «*L'ordinamento giuridico*», nel 1918, la spiegazione è diversa ed è già cambiata: la norma interna è espressione di una istituzione a sé ed è già diritto, è ordinamento giuridico⁴⁹.

Questo passaggio è fulminante e fondamentale: l'istituzione che è già diritto; l'esercizio della sua autonomia che è irriducibile e produce un che d'inconfondibile, e, come scrive Fabrizio Fracchia, fa la «differenza»⁵⁰.

Questa differenza – ci sembra – è tutta nel significato che assume l'interesse pubblico nella norma interna, in quanto sia derivante da una istituzione o da una organizzazione. E così, più ampiamente, tutto sembra concludersi nel vedere che il significato dell'interesse, l'espressione che ad esso deriva da una organizzazione o da una istituzione, diventa «inconfondibile» e si costituisce in diritto. Precisamente, in significato giuridico, in vincolo ed in effetto giuridico.

La norma interna, quindi, sul piano generale, esprime il significato dell'interesse pubblico, non è norma giuridica, ma è diritto, è già ordinamento giuridico, come rivela Santi Romano nell'ultima pagina de «*L'ordinamento*»; e infatti in quell'ultima pagina Santi Romano non fa altro che applicare alla norma interna la sua famosa equazione iniziale: ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento giuridico, e, viceversa, ad ogni ordinamento corrisponde un'istituzione⁵¹.

⁴⁸ Cfr. S. Romano, *Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, 213 ss., 250, 256.

⁴⁹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 156: «D'altra parte, quando si considerano non più in rapporto all'ordinamento comprensivo dello Stato, ma in se stessi, non si può negare che siano dei veri e propri ordinamenti giuridici».

⁵⁰ F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 95 e 132: «Un sistema che “risolve” in esclusiva un problema del tutto nuovo e differente e che ospita [...] proprie organizzazioni o, comunque, organizzazioni a quel sistema correlate».

⁵¹ S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, ora in *L'ultimo Santi Romano*, cit., 156: «Anche questo è un corollario della definizione del diritto che abbiamo posta e del principio che ogni istituzione è sempre un ordi-

E allora, applicando la formula alla nostra realtà giuridica, oggi tutto il punto ci sembra sia questo: vedere se la norma interna corrisponda davvero a una organizzazione (nel senso di Luhmann), o, secondo la teoria romaniana, ad una "istituzione" amministrativa⁵². Solo a queste condizioni può configurarsi una norma interna.

A questo punto, uscendo fuori dalla teoria generale, si può aggiungere una domanda finale: la teoria della norma interna ha riscontro nel diritto positivo?

Sembra di sì. Oltre ai settori giuridici indicati nel libro⁵³ e alla versione della giurisprudenza nei casi qui trattati⁵⁴, sembra che la teoria abbia un fondamento che è generale, perché si trova nella legge n. 241 del 1990. In essa, più volte, figura la formula «secondo i rispettivi ordinamenti». Per esempio, nel determinare i termini di conclusione del procedimento (art. 2, comma 3), nel determinare l'unità responsabile del procedimento (art. 4, comma 2), nel determinare i criteri per la concessione di provvidenze e ausili economici (art. 12, comma 1).

Non è forse questa la riprova che in quel determinare «secondo i rispettivi ordinamenti» vi sia tutta la norma interna?

Così si torna al punto di partenza: il passaggio dal punto interno al punto giuridico sembra la felice e fondamentale scoperta del libro e costituisce l'espressione più "intensa" della norma interna, intesa come espressione di una organizzazione o di una istituzione; in fondo, rappresenta la capacità creativa insita nell'autonomia dell'amministrazione e nel diritto amministrativo stesso. E così finisce per collegare il diritto particolare al diritto dell'ordinamento generale, i *social* e la *A.I.* al diritto, e il passato al futuro.

namento giuridico».

⁵² In termini di teoria degli ordinamenti, la differenza tra organizzazione e istituzione non sempre è netta, ma non sembra così rilevante, perché istituzione e organizzazione sono entrambe il fattore del potere di darsi un ordinamento giuridico; sono il fondamento di un'autonomia oggettiva. Resta solo da definire, per chiarezza, il concetto chiave di istituzione; per la sua definizione, desumibile da una ricostruzione di vari passi, v. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., 27, 33: si tratta di una «coesistenza di vite di uomini» volta a «sorpassare» la loro caducità e a «perpetuare certi fini» al di là della loro vita naturale, creando degli enti sociali «più poderosi e più duraturi della vita dei singoli», creando quella sintesi, quel «sincretismo di [...] attività ed energie adibite a fini permanenti e generali», attraverso un insieme di «garanzie, di poteri, di assoggettamenti, di libertà, che riduce a sistema e unifica una serie di elementi in sé e per sé discreti».

⁵³ Cfr. per esempio l'art. 12 del d.lgs. n. 33/2013 – «Obbligo di pubblicazione dei materiali interni» – nonché l'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, che riconosce la rilevanza dei codici interni – v. F. Fracchia M. Occhiena, *Le norme interne*, cit., 101, 115.

⁵⁴ Per una trattazione sistematica si rinvia a F. Saitta, *Sulle circolari amministrative e sul loro trattamento processuale*, cit.

La norma interna nell'ordinamento giuridico

Da una recensione a un bellissimo libro sulla norma interna viene fuori una riflessione sull'ordinamento giuridico e sull'autonomia dell'amministrazione. La norma interna, infatti, pone all'interprete un problema fondamentale: se sia ordinamento giuridico quel che l'amministrazione produce con la sua parte più intima, la norma interna. Il saggio segue il filo del libro e la sua tesi principale: la norma interna – scrive Massimo Occhiena – è una “non norma” e ha una sua “teologia negativa”; il che apre a nuove possibilità: la norma interna ha una sua dimensione giuridica e Fabrizio Fracchia dimostra che la norma interna è espressione di organizzazione, derivante da un particolare ordinamento. Ne trae una peculiare forza ordinante, una sua rilevanza giuridica. Difatti, la norma interna finisce per condizionare la valutazione dell'interesse pubblico, l'eccesso di potere, e, in fondo l'autonomia organizzativa dell'amministrazione, e così assume un preciso senso giuridico: quel che la norma interna dice è il significato del pubblico interesse, in un settore o in un caso concreto. La norma interna, dunque, come espressione di un particolare ordinamento, esprime una “sua struttura semantica” e assegna all'interesse un “suo” significato, inconfondibile. Da questo risultato importante il saggio tenta di fare un passo in più: quel significato, visto nella teoria generale, è un significato inconfondibile e non è interno, è effetto giuridico, è già diritto, perché deriva dall'amministrazione, intesa come istituzione-ordinamento: e può generare diritto, secondo l'equazione di Santi Romano, per cui ad ogni istituzione corrisponde un ordinamento giuridico. Questo risultato sembra ben visibile anche nel diritto positivo: in fondo, la norma interna non è forse insita nella legge n. 241 del 1990, nella formula “secondo i rispettivi ordinamenti”, che tante volte in essa si ripete?

Legal order and “Internal rule”

It's an essay on soft law. It focuses about the main side of soft law: the internal rule, «*la norma interna*». The internal rule is issued by the Administration itself. Is the internal rule relevant and is it a part of the legal system or not? For example, in case of violation of an internal rule, can we think of a breach of the Law? Can we think of a legal tort? The essay attempts to give an answer. The basic idea is that the internal rule is not a rule of Law, but it's something pertaining to the inner nature of public Administration in itself. Something belonging to the public interest itself. So it can exert influence upon discretionary power of Administration, in making public choices upon interests. It can bind the power and make void the administrative discretionary choice, under the model of *détournement de pouvoir* («eccesso di potere»). In this perspective, the internal rule is an intrinsic part of the legal order, a part of the Law, even if it's not a rule of law. Being the inner and real expression of administrative organization, internal rules can give the best choice and the best idea of what public interest is in action.

Articoli e saggi

Il dibattito sull'*online speech*: alla ricerca di un fondamento ideologico solido e coerente, tra libertà di espressione, "*economic speech*" e libertà di iniziativa economica*

Riccardo de Caria

SOMMARIO: 1. Introduzione: un dibattito quasi a senso unico e una diversa prospettiva. – 2. Quanto è speciale l'*online speech*? – 3. I diversi approcci alla regolazione della materia in prospettiva comparata. – 3.1. *User-generated content*. – 3.2. *Hate speech* e disinformazione. – 4. Le attuali prospettive di evoluzione normativa e giurisprudenziale, alla luce delle principali posizioni nel dibattito *mainstream*. – 5. Libertà di espressione online: le ragioni per un approccio coerente e ideologicamente solido (e risposta alle possibili obiezioni). – 6. Conclusione: tra libertà di espressione, "*economic speech*" e libertà contrattuale e d'impresa.

Impelled by the notions that science is oppression and criticism is violence, the central regulation of debate and inquiry is returning to respectability – this time in a humanitarian disguise. In America, in France, in Austria, and Australia and elsewhere, the old principle of the Inquisition is being revived: people who hold wrong and hurtful opinions should be punished for the good of society. If they cannot be put in jail, then they should lose their jobs, be subjected to organized campaigns of vilification, be made to apologize, be pressed to recant. If government cannot do the punishing, then private institutions and pressure groups – thought vigilantes, in effect – should do it».

Jonathan Rauch
Kindly Inquisitors: The New Attacks on Free Thought
(University of Chicago Press, Chicago, 1993, 6)

* L'autore desidera ringraziare IREF per il generoso sostegno nelle ricerche necessarie a questo articolo, Carlo Lottieri per il prezioso confronto a distanza su un tema di grande importanza per il medesimo, Giovanni Boggero per alcuni preziosi suggerimenti relativi ad una precedente versione, nonché Marco Giraud e Massimiliano Trovato per alcuni utili consigli di lettura, e tutti i partecipanti al workshop IREF 2022, svoltosi a Napoli l'8 ottobre 2022, per gli ottimi spunti. Il presente lavoro costituisce un ampliamento nonché un aggiornamento delle ricerche avviate per un precedente mio lavoro pubblicato da IREF, *Offers they can't refuse: a (negative) assessment of the impact on business and society at-large of the recent fortune of anti-discrimination laws and policies* (IREF Working Paper NO. 2021-04, July 2021, disponibile su https://enirefeurope.b-cdn.net/wp-content/uploads/sites/3/2021/07/de_caria_202104.pdf), successivamente ripreso in R. de Caria, *Offerte che non si possono rifiutare. Una valutazione (negativa) dell'impatto sulle imprese e sulla società nel suo complesso della recente nuova fortuna di leggi e politiche antidiscriminatorie*, in *O.D.C.C.*, 2022, 479.

1. *Introduzione: un dibattito quasi a senso unico e una diversa prospettiva*

Sulla libertà di manifestazione del pensiero online esiste ormai una letteratura vastissima¹. La maggioranza di tale letteratura, però, anche da premesse ideologiche apparentemente molto distanti, sembra accomunata dall'idea della necessità di maggiori restrizioni, volte a contrastare di volta in volta i discorsi d'odio, le cosiddette *fake news*, o lo strapotere delle piattaforme². In questo scritto, vorrei proporre un punto di vista diverso, sostenendo l'opportunità di riconsiderare le ragioni di un classico approccio "*civil libertarian*" alla libertà di espressione, nonostante alcune serie obiezioni mosse all'interno della stessa prospettiva libertaria.

In quest'ottica, considererò prima le specificità dell'*online speech*, ovvero dei casi, sempre più preponderanti, in cui le espressioni del pensiero vengono manifestate tramite internet, vuoi nelle sezioni di commento in qualsivoglia sito web, vuoi negli onnipervasivi *social media* (§ 2). Successivamente, prenderò in esame in primo luogo lo stato dell'arte della tutela della libertà di espressione online a livello comparato (§ 3), per poi ricostruire le opposte prospettive maggiormente diffuse nel dibattito pubblico e scientifico, che, come detto, invocano l'introduzione di nuovi limiti alla protezione di un diritto che storicamente in Occidente, e in modo particolare negli Stati Uniti, ha tradizionalmente goduto di una tutela molto forte (§ 4). Infine, esporrò le ragioni, che ritengo preponderanti, per un approccio coerentemente non-interventista alla questione (§ 5), per poi, nel para-

¹ Esula dagli obiettivi di questo lavoro tentare di fornire una versione sintetica, ed inevitabilmente incompleta, di una bibliografia ormai immensa e per di più in continua crescita, che include, oltre alle monografie e alle riviste scientifiche (peraltro anch'esse in aumento, si pensi alla recentissima nascita del *Journal of Free Speech Law*, sul cui primo numero si segnala in particolare J.M. Balkin, *How to Regulate (and Not Regulate) Social Media*, 71-96; dello stesso autore, v. anche, tra i molti, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79(1) *NYU L. Rev.* 2004, 1), anche pubblicazioni di carattere divulgativo, ricerche di *think tank* e gruppi di interesse, studi delle istituzioni, articoli di quotidiani e riviste e così via. Naturalmente, darò puntualmente conto nel prosieguo dei principali lavori con cui mi sono misurato per affrontare gli specifici temi trattati, senza alcuna pretesa di esaustività dell'enorme panorama editoriale esistente in argomento. Vorrei altresì precisare che non mi occuperò in questa sede di temi connessi all'*online speech* ma che esulano dall'argomento qui specificamente considerato, come ad esempio le questioni relative alle conseguenze in ambito scolastico o lavorativo di manifestazioni di pensiero espresse su internet, oggetto ad es. della decisione della Corte Suprema Usa nel caso *Mahanoy Area School District v. B.L.*, 594 U.S. (2021).

² In questo panorama, si segnalano per originalità la proposta, pur dichiaratamente iscritta nel solco del liberalismo classico, di adattare alla libertà di espressione dei "modelli regolatori decentralizzati" sviluppati in settori come le emissioni inquinanti: M. Giraudo, *Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le "esternalità costituzionali"*, *mediaLAWS. Rivista di diritto dei media*, 3/2021, 108-123; nonché quella di B.M. Frischmann e S. Benesch di adottare dei voluti rallentamenti all'altrimenti inarrestabile flusso di opinioni espresse negli ambienti digitali: B.M. Frischmann, S. Benesch, *Friction-In-Design Regulation as 21st Century Time, Place and Manner Restriction* (1° agosto 2022), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4178647>. Di B.M. Frischmann si segnala altresì in argomento il più risalente *Speech, Spillovers, and the First Amendment*, vol. 2008(1) *Univ. Chig. Legal Forum*, 2008, 301.

grafo conclusivo, tirare le fila dell'analisi svolta, con uno sguardo ai diversi possibili scenari di regolazione che si prospettano per il prossimo futuro (§ 6).

2. Quanto è speciale l'online speech?

Come anticipato, la premessa necessaria alla presente analisi consiste nel chiedersi se sussistano delle ragioni che, al di là dell'autoevidente rilevanza quantitativa del fenomeno delle manifestazioni di pensiero online, inducano a ravvisare sul piano qualitativo delle peculiarità tali da giustificare una considerazione prima, e una regolamentazione poi, a sé stanti.

In effetti, ritengo debba sempre valere la premessa per cui è sempre preferibile resistere alla tentazione di invocare nuove leggi per tener testa alle incessanti innovazioni tecnologiche³. D'altro canto, è stato correttamente osservato che, per certi versi, la possibilità che i *social media* danno a chiunque di esprimere la propria opinione su ogni cosa, in teoria anche nella forma più virulenta, ha delle sorprendenti analogie con una fase assai risalente della stampa, quando la pubblicazione di libelli e – diremmo con termine diffusosi in seguito – *samizdat*⁴ era a disposizione di tutti coloro che avessero accesso ad una “*printing press*”⁵, qualcosa di assai più diffuso di quanto non si immagini⁶. Come riconosciuto da una celebre sentenza della Corte Suprema degli Usa del 1997, *Reno v. ACLU*, «*Through the use of chat rooms, any person with a phone line can become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox. Through the use of Web pages, mail exploders, and newsgroups, the same individual can become a pamphleteer*»⁷.

La disintermediazione offerta dalle piattaforme (rispetto ai media tradizionali) ha dunque un significativo antecedente storico proprio all'indomani dell'invenzione della stampa, ciò che oggi viene invece posto in contrapposizione proprio con le nuove tecnologie, che ne starebbero causando la rapida obsolescenza e secondo molti a breve il superamento⁸.

³ R. de Caria, *Old is Sometimes Better: The Case for Using Existing Law to Face the Challenges of the Digital Age*, *Cambridge L. Rev.*, 4(2), 68. In argomento, cfr. diversi saggi contenuti in S. J. Brison, K. Gelber (eds.), *Free Speech in the Digital Age*, Oxford, 2019.

⁴ Si tratta di espressione quanto mai appropriata: l'etimologia di questo termine russo richiama infatti proprio l'autopubblicazione.

⁵ Devo questa idea a Michele Graziadei; l'ho espressa anche in *The European common constitutional traditions on freedom of expression. A comparative assessment*, *Riv. trim.dir. pubbl.*, 2022, 72(2), 391.

⁶ Cfr. M-C. Felton, *Maîtres De Leurs Ouvrages: L'édition À Compte D'auteur À Paris Au XVIIIe Siècle*, Oxford University Studies in the Enlightenment, Oxford, Voltaire Foundation, 2014. In prospettiva storica, si segnala anche di recente Jacob Mchangama, *Free Speech: A History from Socrates to Social Media*, New York, 2022.

⁷ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 870.

⁸ Cfr. l'interessante riflessione a più voci promossa dal quotidiano online Politico, *Is the Media Doomed?*, 21 gennaio 2022, disponibile su <https://www.politico.com/news/magazine/2022/01/21/media-journalism-future-527294>.

Tuttavia, è pur vero che il fatto di essere espresse online comporta per le manifestazioni del pensiero alcune novità e differenze fondamentali rispetto ai canali che veicolavano le opinioni quasi in esclusiva fino all'avvento delle nuove tecnologie, ovvero essenzialmente i media tradizionali.

Un primo dato di cui tenere conto è certamente l'enorme capacità di diffusione dei messaggi affidati ad internet, con la caratteristica di travalicare i confini nazionali degli stati sovrani. Se la stampa, ma anche la tv e la radio, scontavano i limiti fisici e logistici legati alla distribuzione e al numero finito delle frequenze, oggi, secondo un meccanismo molto noto⁹, un contenuto digitale si può diffondere in modo cosiddetto virale, ovvero in maniera molto ampia e in tempo molto breve, potenzialmente in ogni parte del mondo. Come riconosciuto sempre in *Reno*, nel passaggio immediatamente precedente a quello sopra citato, «*unlike the conditions that prevailed when Congress first authorized regulation of the broadcast spectrum, the Internet can hardly be considered a "scarce" expressive commodity. It provides relatively unlimited, low cost capacity for communication of all kinds. The Government estimates that "[a]s many as 40 million people use the Internet today, and that figure is expected to grow to 200 million by 1999."* This dynamic, multifaceted category of communication includes not only traditional print and news services, but also audio, video, and still images, as well as interactive, real time dialogue»¹⁰ (questo è indubbiamente ancor più vero oggi che il numero di utenti di internet è cresciuto di 125 volte¹¹ e continua ad aumentare).

Dal punto di vista giuridico, questo solleva importanti questioni di diritto internazionale privato, ovvero quale sia la giurisdizione competente e quale la legge applicabile, come ben noto fin dal *leading-case LICRA v. Yahoo!*¹², forse il primo o comunque il più noto ad aver affrontato la questione dell'extraterritorialità dell'ap-

⁹ Gli studi in argomento sono molteplici: un punto di riferimento, benché ormai già risalente, è J. Berger, K.L. Milkman, *What Makes Online Content Viral?*, *Journal of Marketing Research*, 2012, 49(2), 192.

¹⁰ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 870.

¹¹ Secondo i dati di Statista, ad aprile 2022 la popolazione digitale globale era infatti di 5 miliardi di persone; di questi, il 93%, ovvero 4,65 miliardi, risultano essere utenti dei *social media*: *Global digital population as of April 2022*, <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/>. Cfr. anche le cifre citate da G. De Gregorio, *Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022, 157-8: «*More than two billion users are today governed by Facebook's community guidelines, and YouTube decides how to host and distribute billions of hours of video each week*»; il capitolo 5, *Digital Constitutionalism and Freedom of Expression*, è una miniera di informazioni bibliografiche in argomento. Tra i molti, si segnala anche il recente E. Celeste, A. Heldt, C.I. Keller (eds.), *Constitutionalising Social Media*, New York, 2022; v. anche, sempre di E. Celeste, *Digital Constitutionalism. The Role of Internet Bills of Rights*, London, 2022.

¹² *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA c. Yahoo!)*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 22 maggio 2000. Cfr. anche, molto più di recente, *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, Corte di Giustizia dell'Ue, C-18/18, 3 ottobre 2019, sull'extraterritorialità del diritto all'oblio (right to be forgotten), nonché la causa promossa da un miliardario canadese contro Twitter in Canada per una serie di tweet da lui ritenuti diffamatori: cfr. J. Proctor, *Twitter loses Appeal Court bid to toss wealthy B.C. businessman's defamation suit*, in CBC, 10 dicembre 2021, disponibile su <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/twitter-giustra-defamation-lawsuit-1.6281590>.

plicazione delle regole nazionali con riferimento ad internet. Si tratta di un tema ormai classico e ampiamente affrontato a livello legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, e su di esso appaiono esistere già soluzioni sufficientemente consolidate¹³.

Ma soprattutto, l'elemento di maggiore innovazione, che appare giustificare una riflessione specifica degli studiosi sull'*online speech*, consiste nel progressivo superamento del tradizionale ruolo di intermediazione degli editori, o meglio nella loro sostituzione con soggetti diversi, dagli *internet service providers* ai gestori di siti internet e app di comunicazione, su tutti le piattaforme.

Ciò determina una differenza sostanziale rispetto al passato, che si riflette poi sul piano del diritto, come dirò nel paragrafo successivo: l'editore di un quotidiano, un libro o altro prodotto cartaceo, ma per molti versi anche di un programma tv o radio, aveva la possibilità tecnica di controllare il contenuto dei messaggi veicolati tramite il proprio mezzo di comunicazione, anche in via preventiva rispetto alla diffusione degli stessi. Viceversa, con i siti internet e i *social media* questo tipo di controllo in molti casi non avviene più: è ciò che accade là dove i contenuti siano trasmessi su un sito internet gestito direttamente dall'autore dei medesimi: tecnicamente, l'intermediazione avviene ad opera dei fornitori dell'accesso ad internet, ma si tratta di un mero supporto tecnico, che non considera normalmente il contenuto (o meglio, il loro coinvolgimento può avvenire più tipicamente per il controllo sulla trasmissione di opere protette da diritto d'autore, ma assai molto meno agevolmente per la verifica dei contenuti pubblicati su siti internet e *social media*).

Nella maggior parte dei casi, il controllo, se non impossibile dal punto di vista tecnico, diventa comunque molto più difficile, stante la mole esorbitante di contenuti prodotti e trasmessi ogni secondo. Il monitoraggio e la repressione di eventuali contenuti contrari alla legge o comunque ai diritti di altri può essere efficacemente effettuato soltanto a posteriori, mentre un controllo preventivo può essere effettuato solo tramite meccanismi di intelligenza artificiale, per il momento lungi dall'es-

¹³ Cfr. ad es., già molti anni fa, J.L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1998, 5(2), 475. In argomento, si segnala la pronuncia della Corte Suprema della British Columbia in Canada, *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, che stabilì un obbligo in capo a Google di rimuovere dei risultati di ricerca (per violazione di proprietà intellettuale) in tutte le giurisdizioni (non solo in quella canadese, cui si era limitata l'azione di rimozione da parte di Mountain View); questa vicenda ebbe poi un importante seguito alla Corte Suprema del Canada nel caso *Google Inc v. Equustek Solutions Inc. (Equustek I)*, 2017 SCC 34, poi ancora presso la *U.S. District Court for Northern California, Google LLC v. Equustek Solutions Inc. (Equustek II)*, No. 5:17-cv-04207-EJD, e poi nuovamente presso la Corte Suprema della British Columbia, *Equustek Solutions Inc. v. Jack (Equustek III)*, 2018 BCSC 610. Sul tema della riconducibilità dei risultati di ricerca di Google ad una "constitutionally protected activity" (l'espressione è contenuta in un *order* della *Superior Court of California, County of San Francisco, S. Louis Martin vs. Google, Inc.*, CGC-14-539972), e in particolare alla manifestazione del pensiero protetta dal Primo Emendamento, si segnala il noto paper scritto per Google da E. Volokh, D. M. Falk, *First Amendment Protection for Search Engine Search Results*, 20 aprile 2012, disponibile su <http://www.volokh.com/wp-content/uploads/2012/05/SearchEngineFirstAmendment.pdf>.

sere perfetti, come emerso in diversi casi anche di cronaca¹⁴. In altri termini, per gli autori di contenuti su internet, dal più seguito degli *influencer* al più semplice degli utenti, non esiste più un editore che verifichi, filtri e approvi o respinga i loro contenuti, ma questi vengono immediatamente trasmessi da colui che li produce a coloro che li ricevono (e ciò sia nel caso di video, sia nel caso di testi scritti). A sua volta, anche questa fondamentale innovazione ha delle inevitabili ripercussioni sul piano giuridico, come sarà più ampiamente discusso al prossimo paragrafo.

3. *I diversi approcci alla regolazione della materia in prospettiva comparata*

Fermo restando quanto descritto al paragrafo precedente sul piano analitico, e concentrandosi sul panorama occidentale dove internet è tuttora maggiormente libero in prospettiva comparata¹⁵, i diversi ordinamenti si trovano davanti alla scelta se equiparare i nuovi intermediari ai vecchi editori sul piano delle responsabilità per i contenuti generati dagli utenti, o se invece stabilire un regime diverso; e in parallelo hanno fatto scelte piuttosto diverse anche con riguardo a *hate speech* e disinformazione.

3.1. User-generated content

Sin qui, gli Stati Uniti hanno seguito una strada molto chiara, contraria a tale equiparazione. La famosissima *Section 230*¹⁶, infatti (contenuta all'interno dello stesso atto normativo oggetto di scrutinio in *Reno*, ma rimasta intatta dopo quel caso), stabilisce infatti una fondamentale esenzione da responsabilità civile per i fornitori di servizi internet con riferimento allo *user-generated content*.

¹⁴ Cfr. ad es. K. Hao, *AI still sucks at moderating hate speech*, in *MIT Technology Review*, 4 giugno 2021, disponibile su <https://www.technologyreview.com/2021/06/04/1025742/ai-hate-speech-moderation/>; R. Gorwa, R. Binns, C. Katzenbach, *Algorithmic content moderation: Technical and political challenges in the automation of platform governance*, *Big Data & Society*, 2020, 7(1); Y. Nahmias, M. Perel, *The Oversight of Content Moderation by AI: Impact Assessments and Their Limitations*, *Harvard Journal on Legislation*, 2021, 58(1), 145. Cfr. anche il report della European Union Agency for Fundamental Rights, *Bias in algorithms - Artificial intelligence and discrimination* (2022), in particolare 49-75; Elena Falletti, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022.

¹⁵ Per un approfondimento di natura comparatistica, v. A. Rochefort, *Regulating Social Media Platforms: A Comparative Policy Analysis*, *Communication Law and Policy*, 2020, 25(2), 225. V. anche A. Vranaki, *Regulating Social Network Sites. Data Protection, Copyright and Power*, Cheltenham, 2022; A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, London, 2021; v. ancora le iniziative di Yale Law School e di University of Oxford, Faculty of Law, descritte rispettivamente in *Can We Fix What's Wrong with Social Media?* (3 agosto 2022) e in *Freedom of Expression on Social Media*.

¹⁶ 47 U.S.C. § 230 - *Protection for private blocking and screening of offensive material*.

Molti osservatori hanno ravvisato in questa scelta normativa una delle primarie ragioni che spiegano perché l'avvento delle piattaforme oggi dominanti a livello di *user-generated content* (dalla galassia *Meta* a *Twitter* a *YouTube* a *TrippAdvisor*) sia avvenuto proprio negli Stati Uniti¹⁷, dove tali società hanno potuto svilupparsi al riparo da cause giudiziarie potenzialmente letali¹⁸.

Non a caso, tale disposizione è stata appropriatamente definita “il Primo Emendamento di internet”¹⁹, proprio per via del profondissimo impatto che ha avuto sul modo in cui internet si è evoluta, anche se, come dirò nel paragrafo seguente, non sono mancate critiche serrate provenienti da opposte premesse ideologiche ma accomunate dalla convinzione che l'impostazione attuale vada superata.

L'ordinamento americano ha quindi mantenuto sino ad ora la distinzione tra operatori tradizionali e operatori di internet per quanto riguarda i contenuti da essi veicolati.

Solo di recente era stata introdotta in via amministrativa una restrizione all'ampia operatività di tale disposizione, per effetto di un *Executive Order* dell'allora Presidente Trump che aveva impartito alle agenzie federali l'ordine di non applicare la *Section 230* nei casi in cui le piattaforme scegliessero di interferire con i contenuti pubblicati dagli utenti²⁰. Come ha potuto constatare qualunque loro utente, tale intervento si è fatto sempre più frequente nel corso degli ultimi anni, sia per quanto attiene alla diffusione di informazioni sull'epidemia da Covid-19 e sulle campagne di vaccinazione volte a contrastarla (su cui tornerò al § 3.2.), sia proprio in relazione alle affermazioni di alcuni personaggi politici, su tutti proprio l'ex Presidente Trump. Questi coltivò quindi un risentimento personale contro *Twitter* e *Facebook* (che sfocerà nella sua messa al bando da entrambe le piattaforme dopo gli eventi del 6 gennaio 2021) e, dopo aver invocato più volte invano (anche sugli stessi *Twitter* e *Facebook*!) l'intervento del Congresso per abrogare la *Section 230*, ha ripiegato sull'unico intervento che rientrava nelle sue prerogative costituzionali, ovvero appunto un *Executive Order*, inevitabil-

¹⁷ Cfr., tra i moltissimi, J. Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet*, Ithaca, New York, 2019.

¹⁸ Si pensi ad es. alla vicenda *Bollea v. Gawker*, che ha portato alla bancarotta il popolarissimo sito di gossip: in argomento, v. *First Amendment Watch at New York University, Hulk Hogan v. Gawker: Invasion of Privacy & Free Speech in a Digital World*, disponibile su <https://firstamendmentwatch.org/deep-dive/hulk-hogan-v-gawker-invasion-of-privacy-free-speech-in-a-digital-world/>.

¹⁹ Ho rinvenuto questa espressione in E. N. Brown, *Section 230 Is the Internet's First Amendment. Now Both Republicans and Democrats Want To Take It Away, Reason*, 29 July 2019, disponibile su <https://reason.com/2019/07/29/section-230-is-the-internets-first-amendment-now-both-republicans-and-democrats-want-to-take-it-away/>; nonché in K. Fruge Corry, *Section 230: Should the Interactive Computer Service Provider Shield Be Repealed?*, *Louisiana Law Review*, disponibile su <https://lawreview.law.lsu.edu/2021/03/12/section-230-should-the-interactive-computer-service-provider-shield-be-repealed>. Cfr. anche la Note *Section 230 as First Amendment Rule*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 2027. La prima cita a propria volta E. Goldman, *Why Section 230 Is Better Than the First Amendment*, *Notre Dame L. Rev.*, 2019, 95(1), 33.

²⁰ President Donald Trump, *Executive Order 13925 - Preventing Online Censorship*, 28 maggio 2020.

mente limitato nell'ambito di operatività per ragioni appunto costituzionali. In ogni caso, tale *Executive Order* è stato abrogato dal nuovo Presidente Biden nel primo giorno del suo mandato, per cui ad oggi il diritto positivo negli Stati Uniti rimane quello consolidato dal 1996, salva appunto soltanto la breve parentesi legata all'*Executive Order* di Trump²¹.

Diverso appare il quadro in Europa, dove né gli ordinamenti nazionali, né quello dell'Unione europea hanno mai conosciuto una disposizione analoga alla *Section 230*. In Europa sembra invece essersi affermata per certi versi una prospettiva opposta almeno nel tanto celebre quanto controverso caso *Delfi AS v. Estonia*²², relativo ad una condanna inflitta dalle autorità giudiziarie estoni nei confronti dell'editore di un quotidiano, che era stato ritenuto responsabile di una serie di commenti diffamatori o minacciosi nei confronti di un imprenditore, nonostante li avesse rimossi subito dopo che questi glielo aveva chiesto (ma l'imprenditore invocava anche un risarcimento economico).

Con una decisione 15 a 2, la *Grand Chamber* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ritenne che la condanna inflitta all'editore non violasse la libertà di espressione, e ciò ebbe significative conseguenze, inducendo molti editori e gestori di siti internet, specialmente quelli più piccoli, a inibire la sezione dei commenti o a introdurre – là dove ne avessero le risorse – meccanismi di moderazione preventiva.

Delfi non ha un riflesso diretto sulle piattaforme e sullo *user-generated comment* nei *social media*, ma indubbiamente è indice di un diverso approccio, meno assolutista nella protezione della libertà di espressione e più disposto a contemperarla in un'ottica di proporzionalità con altre esigenze²³. Tale approccio è stato confermato più di recente dalla sentenza *Sanchez v. Francia*²⁴, in cui sempre la Corte EDU ha ritenuto conforme alla Convenzione la condanna di un politico per non aver previsto meccanismi per la rimozione tempestiva di messaggi d'odio sulla sua bacheca di Facebook. Il caso è attualmente oggetto di rinvio di fronte alla *Grand Chamber*.

²¹ Esistono comunque varie proposte, con consenso trasversale, in ambito sia politico sia scientifico, di abrogazione o almeno modifica della disposizione in questione o di altre ad essa collegate: cfr. lo *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* (2019); P.M. Barrett, *Regulating Social Media: The Fight Over Section 230 - and Beyond* (NYU Stern Center for Business and Human Rights, 2020). Ad entrambi si fa riferimento in E. Bazelon, *The First Amendment in the age of disinformation*, *The New York Times Magazine*, 13 ottobre 2020. Cfr. anche D. Byers, *Zuckerberg calls for changes to tech's Section 230 protections*, NBC News, 24 marzo 2021.

²² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, *Delfi AS c. Estonia*, 16 giugno 2015, 64569/09.

²³ A proposito dei contorni della responsabilità degli *hosting providers*, con particolare riferimento al tipo di intervento che esercitano sullo *user-generated content*, cfr. l'importante caso *RTT v. Yahoo!*, deciso dalla Corte di Cassazione italiana con la sentenza 19 marzo 2019, n. 7708; in argomento, v. O. Pollicino, M. Bassini, G. De Gregorio, *Fundamentals of Internet Law*, Milano, 2021, 90-1.

²⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Sanchez c. Francia*, 2 settembre 2021, 45581/15. Segnalo inoltre sul tema la sentenza del Tribunale di Milano del 2 marzo 2023, in cui Meta è stata condannata per la tardiva rimozione di alcuni contenuti diffamatori di una società (senza che sia stato ritenuto necessario che la natura diffamatoria fosse stata previamente accertata in sede giurisdizionale).

Va segnalato però che il quadro americano potrebbe cambiare per effetto di due casi di cui – mentre scrivo – è attesa prossimamente la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, nei quali gli attori (familiari di vittime del terrorismo ISIS) cercano di restringere la protezione garantita alle piattaforme dalla *Section 230*. Il primo (*Gonzalez v. Google LLC*) deriva dall'accusa a *YouTube* di aver contribuito con il suo algoritmo alla radicalizzazione degli autori degli attentati di Parigi del 2015, tramite la raccomandazione personalizzata di nuovi video sempre dello stesso tenore di quelli originariamente cercati dai terroristi. Il secondo (*Twitter, Inc. v. Taamneh*) consiste nell'accusa a *Twitter*, *Facebook* e *Google* di aver parimenti contribuito ad un attentato terroristico semplicemente consentendo ai terroristi dell'ISIS di utilizzare le rispettive piattaforme. Il potenziale impatto di queste decisioni è immenso, pertanto andranno seguite con molta attenzione.

3.2. Hate speech e disinformazione

Come testimoniato dagli esempi appena citati, la differenza tracciata al paragrafo precedente risulta simile anche con riferimento all'approccio seguito nei due contesti in relazione ai discorsi d'odio e alle cosiddette *fake news*. Nell'ordinamento americano rimane ad oggi ferma la storica centralità della libertà di espressione garantita dal Primo Emendamento alla Costituzione (e non solo²⁵). La forza con cui il *free speech* è protetto nella *constitutional jurisprudence* americana è tale da aver incluso nel novero delle espressioni costituzionalmente protette tutte quelle riconducibili a manifestazioni d'odio, come affermato in alcuni celebri casi dalla Corte Suprema americana²⁶, che da allora sbarrano la strada ai tentativi da parte del legislatore federale e di quelli dei singoli Stati di introdurre restrizioni in questo ambito.

Per quanto riguarda le *fake news*, il discorso è simile. In tempi recentissimi, il 27 aprile 2022, l'amministrazione Biden ha annunciato la volontà di istituire il *Disinformation Governance Board*, un organo consultivo che avrebbe dovuto fornire alle agenzie governative dipendenti il *Department of Homeland Security* federale un'indicazione sulla verità o meno di informazioni considerate rilevanti ai fini della sicurezza nazionale. Tuttavia, questa iniziativa è naufragata nel giro di meno di un mese, proprio per via della difficoltà a riconciliarla con la tradizione di fortissima protezione della libertà di parola e di stampa presente in quell'ordinamento²⁷.

²⁵ Genevieve Lakier, *The Non-First Amendment Law of Freedom of Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2021, 134, 2299. Cfr. anche l'intervista di questa studiosa a Sean Illing su *Vox*, *The First Amendment has a Facebook problem* (5 maggio 2021).

²⁶ Su tutti *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 US 377 (1992); *Virginia v. Black* 538 US 343 (2003); *Snyder v. Phelps*, 562 US 443 (2011).

²⁷ Cfr. l'editoriale *The Disinformation Governance Board's collapse showcases the problem* dell'Editorial Board del *Washington Post*, 23 maggio 2022, disponibile su <https://www.washingtonpost.com/opin->

In Europa, lo scenario è significativamente diverso. L'*hate speech* gode tradizionalmente di assai minor protezione a livello di singoli ordinamenti nazionali e del Consiglio d'Europa²⁸, ed è stato uno dei primi ambiti in cui Commissione europea è intervenuta per regolare il comportamento delle piattaforme, anche se sin qui ha esitato a farlo con atti vincolanti, preferendo coinvolgere, almeno inizialmente, le principali aziende del settore (inizialmente *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* e *YouTube*, poi anche *Instagram*, *Snapchat*, *Dailymotion*, *Jeuxvideo.com*, *TikTok*, *LinkedIn*, Rakuten Viber e *Twitch*) nell'adozione di un codice di condotta condiviso²⁹, all'insegna della cosiddetta auto-regolamentazione³⁰.

D'altro canto, si sono però registrate altre iniziative di cosiddetta co-regolamentazione, come nel caso della riforma della direttiva sui servizi audiovisivi³¹, fino alla adozione di un approccio più interventista di *hard regulation* con il *Digital Services Act*³², che introduce – per quanto più direttamente di interesse in questa sede – la possibilità di ottenere coattivamente da parte degli utenti e delle autorità nazionali la rimozione di determinati contenuti illegali, tra cui quelli ascrivibili all'*hate speech*, tramite un meccanismo di ricorso contro le decisioni di moderazione dei contenuti, nonché un sistema di collaborazione con dei “*trusted flaggers*” sempre per il controllo dei contenuti e ancora obblighi di prevenzione in capo alle grandi piattaforme³³. Ciò conferma una chiara direzione di rotta

ions/2022/05/23/disinformation-governance-boards-collapse-showcases-problem/.

²⁸ A dispetto di alcuni casi parzialmente non in linea, come *Perinçek v. Switzerland*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 15 ottobre 2015, 27510/08. Cfr. in argomento J. Mchangama, N. Alkiviadou, *Hate Speech and the European Court of Human Rights: Whatever Happened to the Right to Offend, Shock or Disturb?*, *Human Rights Law Review*, 2021, 21(4), 1008.

²⁹ Cfr. la scheda sul sito della Commissione, *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online. The robust response provided by the European Union*, disponibile su https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en. Ad esso hanno fatto seguito la Comunicazione della Commissione su *Tackling Illegal Content Online. Towards an enhanced responsibility of online platforms*, COM(2017) 555 final, 28 settembre 2017, e la *Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, C/2018/1177, OJ L 63, 6.3.2018, 50-61.

³⁰ Cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, *Medialaws. Rivista di diritto dei media*, 2018, 63, 48-82.

³¹ Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (cfr. O. Pollicino, *La prospettiva costituzionale*, cit.).

³² Proposto dalla Commissione a dicembre 2020: *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, COM/2020/825 final, 2020/0361(COD), 15 dicembre 2020.

³³ In verità, la Commissione presenta l'iniziativa come volta a promuovere un “*co-regulatory framework*”, ma in quanto tale il DSA appare il risultato di una regolamentazione tradizionale *top down*. Il DSA si combina a sua volta con il *Digital Markets Act*, anch'esso attualmente in via di approvazione finale, che è rivolto specificamente a contrastare la posizione di forza delle grandi piattaforme, nonché con il *Regolamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici online*, recentemente entrato in vigore. A loro volta, le iniziative europee si accostano poi a quelle nazionali, come

verso sempre più stringenti restrizioni ai discorsi d'odio online, evidente anche nell'*Online Safety Bill*³⁴ di cui si attende nel giro dei prossimi mesi l'approvazione finale da parte del Parlamento britannico.

Per quanto riguarda la disinformazione, si registrano in Europa ancor più iniziative a livello sia nazionale sia eurounitario volte a contrastarla. Merita ricordare a questo proposito la *Loi contre la manipulation de l'information* in Francia³⁵, l'*Online Safety Bill* – appena sopra menzionato – nel Regno Unito, nonché il *Code of Practice on Disinformation*, approvato in una prima versione nel 2018 e in una seconda versione rafforzata nel giugno 2022 dalla Commissione europea e da alcuni dei principali *stakeholder*, anche in questo caso all'insegna del superamento della *self-regulation* per il perseguimento di meccanismi di co-regolamentazione³⁶.

il *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG*, in inglese *Network Enforcement Act*) tedesco, anche noto come *Facebook-Gesetz*, in inglese *Facebook Act*, entrato in vigore nel 2018 e modificato nel 2021. Con riferimento al DSA, si segnalano tra i moltissimi i seguenti scritti, particolarmente rilevanti per i temi trattati dal presente lavoro: G. Frosio, C. Geiger, *Taking Fundamental Rights Seriously in the Digital Services Act's Platform Liability Regime*, disponibile su https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3747756; M.C. Buiten, *The Digital Services Act. From Intermediary Liability to Platform Regulation*, 12(5) *Jipitec*, 2021, 361; J. Morais Carvalho, F. Arga e Lima, M. Farinha, *Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection*, *Revista de Direito e Tecnologia*, 2021, 3(1), 71; A. Mazgal, *Back to the Future? The Digital Services Act and Regulating Online Platforms Built on Community-Led Moderation*, in A. Baratsits (ed.), *Building a European Digital Public Space: Strategies for taking back control from Big Tech platforms*, iRights media, Berlin, 2021; A. Savin, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, *Journal of Internet Law*, 2021; Brussels Report, *The EU's Digital Services Act is undermining free speech*, 25 aprile 2022, disponibile su <https://www.brusselsreport.eu/2022/04/25/the-eus-digital-services-act-is-undermining-free-speech/>.

³⁴ A Bill to make provision for and in connection with the regulation by OFCOM of certain internet services; for and in connection with communications offences; and for connected purposes.

³⁵ *Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information*.

³⁶ Spiega Oreste Pollicino, che ha agito da *honest broker* su mandato della Commissione europea per il raggiungimento di questo accordo di aggiornamento della precedente versione: «*[the] members of the EU Commission's high level expert group on disinformation [...] took the view that the issue of fake news needs to be addressed by a self-regulation mechanism only. I was part of that group but I had (and still have) another view [...]. [The] new Code [...] after the entry into force of the Digital Services Act, will introduce a co-regulatory mechanism and not only a self-regulatory one. [...] The new Code is just a starting point of a new season of co-regulation in the field of disinformation*» (O. Pollicino, *The Road Towards a Strengthened Code Against Disinformation: About Metaphors in Free Speech and the Need to Handle Them Carefully*, European Law Institute, Newsletter 3 of 2022, May-June, disponibile su https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Newsletter/2022/Newsletter_May-Jun_2022.pdf, 3-4). Esula dagli ordinamenti qui considerati, ma si segnala per rilevanza l'interventismo del Brasile in materia di *fake news*: dapprima con una decisione della polizia federale di aumentare il proprio controllo in materia durante la campagna elettorale del 2018, e di recente, in occasione della nuova tornata del 2022, con la decisione del Tribunale Elettorale Superiore di attribuire al capo del procedimento elettorale il potere di rimuovere contenuti online da lui ritenuti fonte di disinformazione (decisione ritenuta legittima prima da un giudice federale e poi dal Tribunale Federale Supremo). Sempre in Brasile vi era stata tra il 2019 e il 2021 un'importante vicenda relativa ad un'inchiesta penale ordinata dal Presidente della Corte Suprema Federale per contrastare la diffusione di *fake news* sulla Corte stessa: cfr. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/the-case-of-the-brazil-fake-news-inquiry/>. Cfr. anche un breve ma utile quadro della situazione nel sud-est asiatico: L. Schuldt, *Truth vs. Free Speech. How Southeast Asia's war on fake news unfolds*, Verfassungsblog, 7 dicembre 2019.

4. *Le attuali prospettive di evoluzione normativa e giurisprudenziale, alla luce delle principali posizioni nel dibattito mainstream*

Nel paragrafo precedente ho menzionato alcune innovazioni normative, a cavallo tra la *soft-law* e la *hard regulation*, in parte già entrate in vigore, come la legge francese sulla disinformazione, in parte sostanzialmente approvate ma in via di perfezionamento dell'*iter* legislativo, come il *Digital Services Act*, in parte ancora in fase di discussione, per quanto avanzata, come l'*Online Safety Bill*, in parte invece attualmente abortite o comunque sospese, come il *Disinformation Governance Board* americano.

Questo quadro, se pur sommario e parziale, mostra come sia cospicuo e incessante lo sforzo dei legislatori e dei *policy-makers* in tutti gli ordinamenti considerati per acquisire un maggior controllo sul comportamento delle piattaforme e sulle manifestazioni di pensiero *online*. Può apparire che si tratti già di interventi piuttosto ampi, ma in verità da molte parti si invocano misure ben più restrittive, che cambierebbero in profondità tanto il livello di tutela della libertà di espressione, quanto il quadro della libertà di internet, come siamo abituati a conoscerli e considerarli assodati da molto tempo. A questo proposito, si ravvisa una singolare convergenza di opinioni tra progressisti e conservatori, tanto nel dibattito americano quanto in quello europeo, in merito alla necessità di limitare da un lato lo strapotere delle piattaforme, autentici “leviatani”³⁷ o “sovrani del cibernazio”³⁸ o “*cloud empires*”³⁹ o “*gamemakers*”⁴⁰ anche solo “nuovi governatori”⁴¹ del mondo (sempre più) digitale, come sono state definite con efficaci espressioni, dall’altro lato lo scenario di tradizionale forte libertà risultante da una elevata protezione della libertà di espressione (certamente negli Usa, ma anche – se pur meno – in Europa⁴²) e da una tutto sommato limitata regolazione di internet, con il risultato che la libertà di espressione online è stata per molto tempo l’ambito della libertà di espressione in cui le opinioni potevano essere espresse nella maniera più libera, così come una delle aree di internet meno regolate, a paragone ad esempio con ambiti come quelli legati alla proprietà intellettuale, o ad attività economiche ritenute illegali.

³⁷ C. D’Cunha, “*A State in the disguise of a Merchant*”: *Tech Leviathans and the rule of law*, 27(1-3) *Eur. Law J.* 2021, 1.

³⁸ J. Peters, “*The ‘Sovereigns of Cyberspace’ and State Action: The First Amendment’s Application (or Lack Thereof) to Third-Party Platforms*”, *Berkeley Tech. L.J.*, 2018, 32, 988.

³⁹ V. Lehdonvirta, *Cloud Empires: How Digital Platforms Are Overtaking the State and How We Can Regain Control*, Cambridge, 2022.

⁴⁰ V. il Capitolo 8 di M.E. Stucke, A. Ezzachi, *Competition Overdose: How Free Market Mythology Transformed Us from Citizen Kings to Market Servants*, New York, 2020.

⁴¹ K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, 131 *Harv. L. Rev.* 2018, 1598.

⁴² Cfr. il quadro che risulta dal mio *The European common constitutional traditions*, cit.

Così, ad esempio, nel contesto statunitense destra e sinistra si trovano apparentemente concordi sulla necessità di superare la *Section 230*, anche se finora è mancata la volontà politica di passare ai fatti⁴³. I progressisti ritengono solitamente che le piattaforme intervengano troppo poco per contrastare discorsi d'odio e pretesa disinformazione, e che pertanto occorra introdurre meccanismi per superare il loro esonero da responsabilità per lo *user-generated content* da essi ospitato e diffuso. Come si è visto, in questa direzione si sono mosse le istituzioni europee con il *Digital Services Act*, in un'ottica di coinvolgimento diretto delle piattaforme nell'esercizio dei loro poteri censori, in modo da spingerle sempre di più ad assumere un approccio interventista.

È pur vero che, rispetto al passato, le piattaforme hanno incrementato moltissimo la loro interferenza con i contenuti che ospitano, e ciò, secondo la tesi che appare preferibile, per effetto di una precisa spinta da parte dei governi⁴⁴. In effetti, considerazioni di base di *law and economics* inducono a ritenere che, in assenza di restrizioni, le piattaforme avrebbero un incentivo economico a massimizzare gli spazi di manifestazione del pensiero, "censurando"⁴⁵ il meno possibile, e anzi favorendo la circolazione di opinioni e contenuti particolarmente forti, atte a generare maggiori interazioni e dunque in definitiva ad incrementare il tempo speso dagli utenti sulle piattaforme stesse e così come conseguenza diretta i possibili ricavi pubblicitari⁴⁶.

⁴³ Cfr. tra i molti D. Sanchez, L. McCollum, *Big Tech and Free Speech: How Both the Left and the Right Are Wrong*, in *Fee.org*, 5 aprile 2022, disponibile su <https://fee.org/articles/big-tech-and-free-speech-how-both-the-left-and-the-right-are-wrong/>.

⁴⁴ Cfr. le puntuali riflessioni in argomento di M. Bassini, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aprilia, 2019, 237.

⁴⁵ Appare d'obbligo precisare che, in senso proprio, di censura si può parlare solo con riferimento ad un'azione da parte delle autorità di governo: cfr. quanto ho avuto modo di precisare in *The European common constitutional traditions*, cit.

⁴⁶ Tali interazioni tendono ad avvenire con altre persone di opinioni simili, rafforzandone reciprocamente il convincimento, e isolandoli progressivamente dai contatti con terzi di diversa opinione: cfr. M. Cinelli, G. De Francisci Morales, A. Galeazzi, W. Quattrocchi, M. Starnini, *The echo chamber effect on social media*, *PNAS*, 2021, 9, 118. La considerazione dell'incentivo per le piattaforme a massimizzare, a fini pubblicitari, il tempo trascorso su di esse dagli utenti è effettuata con riferimento alla disinformazione politica e ai suoi possibili effetti sul processo democratico da K. Jones, *Online Disinformation and Political Discourse. Applying a Human Rights Framework*, Research Paper, Chatham House, November 2019, disponibile su <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/2019-11-05-Online-Disinformation-Human-Rights.pdf>. Se sono estremamente diffusi gli allarmi da parte progressista su come la disinformazione online avrebbe favorito dei successi conservatori, su tutti la vittoria di Trump nel 2016, si registrano anche più recenti inchieste di segno esattamente contrario: cfr. M. Hemingway, *Rigged: How the Media, Big Tech, and the Democrats Seized Our Elections*, Washington, D.C., 2021 (v. anche le recentissime affermazioni di Zuckerberg sul coinvolgimento dell'FBI nella gestione da parte di Facebook della misteriosa vicenda del notebook di Hunter Biden: B. Golding, *Zuckerberg says Facebook censored The Post's Hunter Biden stories because FBI warned of Russian misinfo 'dump'*, *New York Post*, 26 agosto 2022, disponibile su <https://nypost.com/2022/08/26/zuckerberg-blames-fbi-for-censoring-the-posts-hunter-biden-scoop/>). In argomento, cfr., tra i molti, anche due tra gli ultimi libri di C.R. Sunstein, *Liars: Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, Oxford, 2021; *#republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton e Oxford, 2017; nonché due articoli di J. Haidt usciti per *The Atlantic: Why the Past*

Se ciò non avviene, o avviene sempre meno, è difficile spiegarlo soltanto con una scelta per così dire all'insegna dei principi ESG di queste compagnie, ma è presumibilmente il frutto di un "nudging" più profondo da parte delle autorità, anche se non così immediatamente percepibile. Un esempio di questo approccio si riscontra, in materia di *hate speech*, quando si considera la espressa preferenza delle autorità europee per l'*over-enforcement*, rispetto all'*under-enforcement* delle misure di contrasto ai contenuti di odio⁴⁷.

Eppure, ciò non viene ritenuto sufficiente da prospettiva *liberal*⁴⁸, significativamente passata dall'essere storicamente strenua protettrice della libertà di espressione e di stampa in un'ottica di baluardo contro le possibili derive autoritarie dei governi, ad essere campionessa delle restrizioni alla libertà di parola, all'insegna del pensiero *woke* e dell'ideologia del *politicalmente corretto* oggi dominanti⁴⁹.

D'altro canto, questo approccio non sembra essere esente da contraddizioni e, come ho avuto modo di definirli in altra sede, "cortocircuiti logici"⁵⁰. A me pare estremamente significativo a questo proposito un caso italiano che ha opposto *Facebook*, ora *Meta*, ad alcuni gruppi dichiaratamente neofascisti, che erano stati banditi da tale piattaforma⁵¹. Nel procedimento intentato da questi ultimi per riottenere l'accesso, i giudici italiani (specialmente in sede di reclamo) hanno preso le mosse da un'affermazione di principio tipicamente *liberal*, ovvero la superiorità della libertà di espressione e di associazione sulla libertà economica (di *Facebook*), ricavandone però la conseguenza paradossale di ordinare a *Facebook* di riammettere i gruppi neofascisti, così ridando loro spazio e agibilità politica. In altri termini, dalla restrizione della libertà di espressione e imprenditoriale (dell'*economic speech*), come propongo ora di definire i casi di intersezione appunto tra l'una e l'altra) di *Facebook* si ricava un vantaggio per gruppi che certamente i progressisti non vorrebbero favorire.

Ma un simile paradosso si ricava anche dalla lettura del fondamentale caso *Packingham*⁵², in cui la Corte Suprema americana ha dichiarato illegittima la leg-

10 Years of American Life Have Been Uniquely Stupid and *Yes, Social Media Really Is Undermining Democracy*, rispettivamente 11 aprile 2022 e 28 luglio 2022, disponibili su <https://www.theatlantic.com/>.

⁴⁷ M. Husovec, *Why There Is No Due Process Online?*, in *Balkanization*, 7 giugno 2019, disponibile su <https://balkin.blogspot.com/2019/06/why-there-is-no-due-process-online.html>.

⁴⁸ Qui e di seguito s'intende il termine *liberal* nell'accezione che ha nel dibattito politico americano, ovvero come sinonimo di progressista.

⁴⁹ Per una prospettiva molto critica di questa evoluzione, v. S. R. Soukup, *The Dictatorship of Woke Capital: How Political Correctness Captured Big Business*, New York, 2021.

⁵⁰ R. de Caria, *Offerte che non si possono rifiutare*, cit., 514 ss. Cfr. anche quanto osservato da Z.B. Wolf, *American free speech enters uncharted territory*, CNN Politics, *What matters*, 14 maggio 2022, il quale a sua volta riporta osservazioni di M.R. Papandrea nonché l'editoriale del *New York Times* del 18 marzo 2022, *America Has a Free Speech Problem*.

⁵¹ Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di Impresa, Ordinanza 12 dicembre 2019; Tribunale di Roma, ordinanza 29 aprile 2020.

⁵² *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. (2017).

ge dello stato della *North Carolina* che vietava *tout-court* l'accesso ai *social media* alle persone condannate per reati sessuali. In questo caso il paradosso consiste nel far derivare un vantaggio per persone autori di crimini così odiosi da una premessa tipicamente progressista, affermata nell'opinione di maggioranza dello *swing vote* Kennedy e sottoscritta da tutti e 4 gli allora giudici di orientamento *liberal* (ma i tre giudici conservatori coinvolti⁵³, ovvero Alito, il Chief Justice Roberts e perfino Thomas, hanno comunque condiviso la decisione, firmando un *concurrency* dai toni simili sul punto).

Alla luce di questa affermazione, sorge la domanda su quale margine di azione sussista tuttora in capo alle piattaforme per determinare liberamente le proprie *policy* in merito all'ammissione o meno di determinati utenti: una regola in tutto analoga, ma non imposta dallo Stato della *North Carolina*, bensì spontaneamente adottata da *Facebook/Meta*, sarebbe ancora legittima? Astrattamente dovrebbe esserlo in quanto espressione della libertà d'iniziativa economica e contrattuale di *Facebook*.

Tuttavia, la tendenza sembra essere quella di affermare anche negli Stati Uniti un principio generale di applicazione orizzontale, ovvero nei rapporti tra privati, dei diritti fondamentali⁵⁴. Lo stesso ultra conservatore Thomas ha lasciato intravedere sorprendentemente questa prospettiva in una successiva opinione nel caso *Biden v. Knight First Amendment Institute*⁵⁵, in cui ha tracciato una analogia tra le odierne piattaforme e i tradizionali *carriers*, e sembrando così aprire almeno astrattamente alla possibilità di imporre (per di più in via interpretativa) anche alle piattaforme i pervasivi obblighi antidiscriminatori previsti per tutti gli operatori di trasporto (e i gestori di *public accommodation*)⁵⁶: si tratta in effetti di una delle possibili prospettive elaborate dai giuristi americani per superare il forte vincolo della *state action doctrine*, ovvero il principio per cui i diritti contenuti nel *Bill of Rights* (tra cui quindi il Primo Emendamento, che qui viene in rilievo) offrono protezione solo nei confronti di azioni compiute dai pubblici poteri (*state actors*, appunto), e non nei confronti dei privati⁵⁷. Per tentare di applicare invece

⁵³ Gorsuch non ha partecipato alla decisione del caso.

⁵⁴ Sull'applicazione ai rapporti interprivatistici dei diritti fondamentali, all'insegna della cosiddetta teoria della *Drittwirkung*, mi sono soffermato più ampiamente in *Offerte che non si possono rifiutare*, cit.

⁵⁵ 593 U.S. ____ (2021) Thomas, J., *concurring*.

⁵⁶ «In many ways, digital platforms that hold themselves out to the public resemble traditional common carriers. Though digital instead of physical, they are at bottom communications networks, and they "carry" information from one user to another. A traditional telephone company laid physical wires to create a network connecting people. Digital platforms lay information infrastructure that can be controlled in much the same way. And unlike newspapers, digital platforms hold themselves out as organizations that focus on distributing the speech of the broader public. [...] The analogy to common carriers is even clearer for digital platforms that have dominant market share. Similar to utilities, today's dominant digital platforms derive much of their value from network size»: *ibidem*, 6-7 della slip opinion.

⁵⁷ Mi limito qui a citare la voce enciclopedica di S. Jaggi, *State Action Doctrine*, in R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* (last updated October 2017), disponibile su <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/lawmpeccol/law-mpeccol-e473?rskey=XgQG-Sk&result=1&prd=MPECCOL>, nonché lo studio classico di M. Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal*

il Primo Emendamento anche a soggetti formalmente privati, è stata ad es. prospettata⁵⁸ l'ipotesi di considerarli vuoi come «*company towns*»⁵⁹, vuoi come «*broadcasters or cable providers*»⁶⁰, vuoi come «*editors*»⁶¹.

Effect in Comparative Constitutional Law, International Journal of Constitutional Law, 2003, 1(1), 79. Con riguardo ai molti lavori che hanno riflettuto sull'operatività di questa dottrina nel mondo digitale, segnalo in particolare, oltre a J. Peters, *The "Sovereigns of Cyberspace" and State Action*, cit., già in epoca piuttosto risalente, P. S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to "Private" Regulation*, *U. Colo. L. Rev.*, 2000, 71, 1263; più di recente, D. Rudofsky, *Modern State Action Doctrine in the Age of Big Data*, *NYU Annual Survey of Amer. L.*, 2017, 71, 741; G. De Gregorio, *From Constitutional Freedoms to the Power of Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society*, *Eur. J. Leg. Stud.*, 2019, 11(2), 65; M. Patty, *Social Media and Censorship: Rethinking State Action Once Again*, *Mitchell Hamline Law Journal of Public Policy and Practice*, 2019, 40(1), 99; M. Zalnieriute, *From Human Rights Aspirations to Enforceable Obligations by Non-State Actors in the Digital Age: The Case of Internet Governance and ICANN*, *Yale J.L. & Tech.*, 2019, 21, 278; O. Pollicino, *Digital Private Powers Exercising Public Functions: The Constitutional Paradox in the Digital Age and its Possible Solutions*, 2021, disponibile su https://echr.coe.int/Documents/Intervention_20210415_Pollicino_Rule_of_Law_ENG.pdf; v. ancora, nella letteratura italiana, P. Stanzone, *I "poteri privati" delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Torino, 2022; G. Vigevari, O. Pollicino, C. Melzi d'Eril, M. Cuniberti, M. Bassini, *Diritto dell'informazione e dei media*, Torino, 2022; Cfr. anche F. Paruzzo, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Napoli, 2022; S. Sassi, *Disinformazione contro Costituzionalismo*, Napoli, 2021; I. Spadaro, *Il contrasto allo Hate Speech nell'ordinamento costituzionale globalizzato*, Torino, 2020; O. Pollicino, G. Romeo (a cura di), *The Internet and Constitutional Law: The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, London-New York, 2016. Segnalo ancora soltanto che, in tempi ormai risalenti, Posner aveva avanzato alcune considerazioni di *law and economics* contro la necessità di assoggettare perfino i gestori di "public facilities" all'obbligo di metterle a disposizione, in quanto "public forum", di tutti coloro che ne volessero fare uso per manifestare il proprio pensiero: R.A. Posner, *Free Speech in an Economic Perspective*, *Suffolk University Law Review*, 1986, 1, 52. Anche se da prospettive diverse, la dottrina del "public forum" è stata altresì criticata, tra gli altri, da D.A. Farber, *Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment*, *Harv. L. Rev.*, 1991, 105(2), 554 e J.M. Balkin, *Some Realism About Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment*, *Duke L. J.*, 1990, 3, 375.

⁵⁸ V. C. Brannon, *Free Speech and the Regulation of Social Media Content*, CRS Report R45650 (2019), disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45650>.

⁵⁹ Il caso su cui si basa questa analogia è *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), che affermò che una città, anche se proprietà privata di una società, era comunque un luogo pubblico dove quindi si applicava il diritto, garantito dal Primo Emendamento, di distribuire volantini di propaganda politica.

⁶⁰ In questo caso i riferimenti sono in particolare a *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969), in cui fu ritenuta compatibile con il Primo Emendamento una "fairness doctrine" che imponeva ai network di garantire spazio di risposta a dei candidati ad elezioni politiche, sulla base di una preminenza dei diritti degli utenti rispetto a quelli dei *broadcasters*; nonché a *Turner Broadcasting Systems v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) e *Turner Broadcasting v. Federal Communications Commission (II)*, 520 U.S. 180 (1997), una vicenda relativa ad un obbligo per degli operatori di tv via cavo di riservare alcuni canali a delle tv locali, ritenuto in definitiva legittimo, nonostante la premessa per cui non vi è quella scarsità fisica di risorse che c'è invece caratterizza la tv tradizionale. Oltre a questi casi, va poi segnalato il caso *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U.S. (2019), in cui la Corte Suprema esclude la natura di *state actor* in capo ad un operatore di una rete televisiva privata ad accesso pubblico, che dunque aveva diritto di escludere chi voleva dal proprio palinsesto (nonostante le forti attese, però, la Corte di *Halleck* non affrontò le possibili implicazioni del principio da essa ivi affermato in relazione ai *social media*).

⁶¹ Qui in verità la Corte Suprema si è pronunciata in senso contrario in *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 24 (1974), dichiarando incostituzionale una legge della Florida che alcuni stabiliva obblighi di parità di trattamento per candidati politici, sulla base della quale un politico aveva chiesto a un giornale di poter replicare ad un editoriale sul suo conto, ricevendo però un rifiuto. Il principio è stato esteso anche ai *public broadcaster* in *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998) e ad una società elettrica nella pubblicazione della sua newsletter mensile (*Pacific Gas & Electric Co. v. Public Utilities Commission*, 475 U.S. 1 (1986)). Tuttavia, altri casi successivi ne hanno ridimensionato la portata, escludendo l'applicazione

In effetti, muovendo a considerare il lato opposto dello spettro ideologico *mainstream*, si riscontrano in campo conservatore analoghi paradossi e analogo slittamento rispetto alle posizioni storicamente sostenute o comunque che sarebbe comprensibile attendersi da questa prospettiva. Oltre a quanto testé ricordato con riguardo alle posizioni del giudice Thomas, in generale la contraddizione, specularmente a quella progressista, in cui sembrano cadere molti, anche insospettabili, *opinion leader* di quest'area muove dalla premessa opposta, ovvero che le piattaforme, lungi dall'esercitare troppo poco controllo, siano invece impegnate in una censura a senso unico.

Questa posizione rinverdisce la polemica classica della destra americana nei confronti dei cosiddetti *liberal media*, e ritiene le nuove imprese della *Silicon Valley* portatrici di analogo pregiudizio anti-conservatore. Da qui nascono sia la strenua opposizione di Trump alla *Section 230*, culminata nell'*Executive Order* che ho ricordato sopra, sia molteplici iniziative giudiziarie di opinion-leader e gruppi conservatori volte a contrastare esclusioni o penalizzazioni da parte di piattaforme come *Facebook/Meta* e *YouTube*⁶² (analoghe a parallele iniziative contro media tradizionali⁶³), sia iniziative normative volte a vietare alle imprese in questione di discriminare, con l'obiettivo di contrastare in questo modo l'asserito pregiudizio anti-conservatore ed assicurare un *level playing field*⁶⁴.

Vorrei soffermarmi ora su queste ultime⁶⁵, oggetto di alcune vicende giudiziarie di grande rilievo tuttora in pieno svolgimento, che hanno coinvolto anche la Corte Suprema in una recentissima decisione.

del precedente *Tornillo* ad es. con riferimento ad un centro commerciale (*PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980) o ad una associazione di *law school* che voleva poter negare senza conseguenze (nella fattispecie, la perdita di fondi federali) (*Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc. (FAIR)*), 547 U.S. 47 (2006), l'accesso agli incaricati dell'esercito di promuovere il reclutamento presso le loro sedi (ma la Corte Suprema ritenne invece sussistere un obbligo di consentire tale propaganda per non perdere i fondi statali).

⁶² Su tutte si segnalano le iniziative di *Prager University* contro *YouTube* e *Freedom Watch* contro *Google*.

⁶³ *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. (2020).

⁶⁴ A mio parere è invece diversa la valutazione da dare all'iniziativa degli *Attorney General* repubblicani di *Missouri* e *Louisiana* di citare in giudizio degli alti funzionari dell'amministrazione Biden per aver asseritamente cospirato con *Facebook* e *Twitter* per orientarne le politiche di restrizione dei contenuti in una serie di materie importanti, tra cui le informazioni sulla pandemia da Covid-19: in questo caso, infatti, i destinatari dell'azione giudiziaria sono dei soggetti pubblici, e l'obiettivo appare essere quello di appurare il grado di interferenza e pressione da essi esercitato sulle piattaforme stesse (mentre scrivo, il caso, *State of Missouri ex rel. Schmitt, et al. v. Joseph R. Biden, Jr., et al.*, è tuttora aperto). Tale criterio può essere a mio avviso adottato anche per distinguere tra i diversi ambiti oggetto delle rivelazioni dei cosiddetti *Twitter Files*: là dove sono coinvolti attivamente esponenti delle istituzioni, un'esigenza in primo luogo di trasparenza e poi di rendiconto appaiono sacrosante.

⁶⁵ Limito l'analisi a quelle approvate, ma va segnalato anche l'*Ending Support for Internet Censorship Act* proposto nel 2019, ma sin qui senza successo, dal senatore repubblicano Josh Hawley: per una critica, cfr. L.A. Coad, *Compelling Code: A First Amendment Argument Against Requiring Political Neutrality in Online Content Moderation*, *Cornell L. Rev.*, 2021, 106, 457. A titolo informativo, segnalo che iniziativa analoga è stata presa anche dalla maggioranza di destra in Polonia, pur senza essere ancora stata effettivamente trasformata in legge: cfr. Notes from Poland, *Law to protect Poles from social media "censorship" added to government agenda*, 5 ottobre 2021, disponibile su <https://notesfrompoland.com/2021/10/05/law-to-protect-poles-from-social-media-cen->

Mi riferisco alle cosiddette *de-platforming laws* approvate dagli Stati a maggioranza repubblicana Texas e Florida. Tali leggi sono volte a vietare alle grandi piattaforme di discriminare i contenuti pubblicati sui loro siti e app dagli utenti sulla base delle opinioni di questi ultimi, così restringendo significativamente – e qui sta il paradosso conservatore – la libertà d’impresa delle piattaforme, così come la libertà di espressione che esse stesse hanno, anche se spesso ciò viene dimenticato: se oggi i conservatori hanno abbracciato la causa della libertà di espressione, facendone un cavallo di battaglia del proprio programma e promuovendo una lettura assolutista della medesima, manifestatasi in sentenze come *Citizens United* in materia di finanziamento elettorale⁶⁶, così come normalmente difendono la libertà economica, quando esse si combinano in capo alle piattaforme i conservatori sembrano inclini a giustificare restrizioni al loro “*economic speech*”, rischiando di sacrificare alcuni principi cardine sull’altare della *Realpolitik* e della volontà di guadagnare posizioni in battaglie politico-ideologiche di breve periodo.

Tanto la legge della Florida quanto quella del Texas, che erano state giustificate anche sulla base dell’equiparazione fatta *obiter* da Thomas tra piattaforme e tradizionali *common carriers* sopra ricordata⁶⁷, sono state impugnate, con esiti sin qui in parte contrastanti. In Florida, il caso *NetChoice, LLC v. Attorney General, State of Florida* ha visto la *trial court* sospendere il 30 giugno 2021⁶⁸ l’efficacia della legge, ravvisando una probabile incostituzionalità, per quanto qui viene in rilievo, delle disposizioni che limitavano la libertà editoriale delle piattaforme, per contrasto con una consolidata giurisprudenza sulla ampia discrezionalità dei media tradizionali⁶⁹; successivamente, il 23 maggio 2022, la Corte dell’*Eleventh Circuit* ha mantenuto ferma questa conclusione (pur salvando invece altre disposizioni che imponevano alle piattaforme di rendere disponibile agli utenti l’accesso ai dati sul numero di visualizzazioni dei loro contenuti)⁷⁰. Il 21 settembre la Florida ha chiesto alla Corte Suprema federale di accettare il caso e rivedere la decisione in questione.

Quanto al Texas, anche nell’analogo caso *NetChoice, LLC v. Paxton* la *trial court* federale (il 1 dicembre 2021) ha ravvisato la probabile incostituzionalità della *de-platforming law* locale, sospendendone l’applicazione⁷¹. Ma in questo

sorship-added-to-government-agenda/, nonché in Ungheria: cfr. N. Đorđević, *Poland and Hungary are gunning for the social media giants*, *Emerging Europe*, 4 marzo 2021.

⁶⁶ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁶⁷ J. Brodtkin, *Texas looks to a Clarence Thomas opinion to defend its social media law*, in *ArsTechnica*, 19 maggio 2022, disponibile su <https://arstechnica.com/tech-policy/2022/05/texas-looks-to-a-clarence-thomas-opinion-to-defend-its-social-media-law/>. In argomento, cfr. tra i molti Christopher S. Yoo, *The First Amendment, Common Carriers, and Public Accommodations: Net Neutrality, Digital Platforms, and Privacy*, 1 *J. Free Speech L.* 2021, 463, 480-2.

⁶⁸ *United States District Court for the Northern District of Florida, Case 4:21-cv-00220-RH-MAF*.

⁶⁹ Su tutti *Tornillo*, citato poco sopra alla nota 61 nonché ripreso oltre nel testo.

⁷⁰ *United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, Case: 21-12355*.

⁷¹ *United States District Court for the Western District of Texas, Austin Division, Case 1:21-cv-00840-RP*.

caso la Corte d'Appello del *Fifth Circuit*, l'11 maggio 2022, sospese a propria volta la *preliminary injunction* del primo grado (così permettendo alla legge texana di entrare in vigore), pur senza motivare⁷², ma lasciando indubbiamente intendere una convinzione della legittimità dell'equiparazione degli obblighi delle piattaforme a quelli dei *common carriers*⁷³. A distanza di poche settimane, però, il 31 maggio 2022, la Corte Suprema federale ha ribaltato nuovamente l'esito, annullando l'*order* del *Fifth Circuit* e così ristabilendo la *preliminary injunction* che aveva sospeso la legge.

A plateale conferma dei “cortocircuiti logici” e paradossi ideologici di cui dicevo, questa decisione è stata presa (senza motivazione espressa) da una maggioranza di 5 giudici non allineati secondo le tradizionali divisioni ideologiche: si è trattato infatti dei giudici di tendenza *liberal* Breyer e Sotomayor, da un lato, e dei conservatori Barrett, Kavanaugh e Roberts, dall'altro. Correlativamente, in minoranza si è trovata la *liberal* Kagan, insieme a tre conservatori doc come Alito, Gorsuch e Thomas⁷⁴. Gorsuch e Thomas si sono uniti all'opinione dissenziente scritta dal primo, nella quale vengono fatte alcune affermazioni piuttosto significative.

Alito parte dalla premessa della novità della questione, elemento che lo induce a dubitare sia possibile avere certezze particolarmente forti sul futuro esito della controversia. Anche i precedenti della stessa Corte Suprema, che peraltro, osserva Alito, sono stati emessi in un'epoca anteriore all'avvento di internet, appaiono non tali da indurre a conclusioni definitive⁷⁵. Da un lato, infatti, ve ne sono alcuni che hanno «*recognized the right of organizations to refuse to host the speech of others*»: si tratta in primo luogo di *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*⁷⁶, in cui fu sancito all'unanimità il diritto di un

⁷² *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, Case: 21-51178.*

⁷³ V. C. Brannon, *Free Speech Challenges to Florida and Texas Social Media Laws*, CRS Report LSB10748 (2022), disponibile su <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10748>, 5.

⁷⁴ Se la posizione di Thomas non sorprende, se si considerano alcune delle sue opinioni sopra richiamate, in particolare quella nel caso *Knight First Amendment Institute*, non a caso citata da Alito, più difficile da decifrare è il voto di Gorsuch (il quale aveva invece ad es. firmato la *majority opinion* di *Comcast*, citato poco sopra alla nota 63): appare verosimile che la sua posizione possa essere in linea con quella espressa nel recente importante caso *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. (2020), in cui ha firmato l'opinione di maggioranza insieme al Chief Justice Roberts e ai giudici di orientamento *liberal* Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan, in cui la Corte ha sorprendentemente riconosciuto che il divieto di discriminazioni sessuali nelle relazioni di lavoro va interpretato come comprensivo anche del divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. La ragione profonda per la decisione di Gorsuch appare a mio avviso da ricercarsi in una profonda *judicial deference* nei confronti di quella che ha ritenuto essere una scelta molto precisa del legislatore.

⁷⁵ Per un'analisi più approfondita, lo stesso Alito cita il fondamentale E. Volokh, *Treating Social Media Platforms Like Common Carriers?*, *J. Free Speech Law*, 2021, 1, 377. Sul tema della novità delle questioni affrontate, v. quanto osservato sopra, al § 2, nonché il seguente passaggio della sentenza *Brown v. Ent. Merchs. Ass'n*, 564 U.S. 786, 790 (2011): «*whatever the challenges of applying the Constitution to ever-advancing technology, the basic principles of freedom of speech and the press, like the First Amendment's command, do not vary when a new and different medium for communication appears*».

⁷⁶ 515 U.S. 557 (1995).

gruppo privato che organizzava la Parata del giorno di San Patrizio (con l'autorizzazione e indirettamente per conto della Città di Boston, che autorizzava l'uso del logo e forniva anche dei finanziamenti) di escludere dalla manifestazione un gruppo omosessuale; l'altro caso richiamato, il già citato *Tornillo*, è ancor più rilevante, perché, come si è visto, ha stabilito (sempre all'unanimità) che un quotidiano ha diritto di rifiutare la richiesta di pubblicazione di una replica ad un editoriale da parte di un candidato alle elezioni che era stato criticato da quell'articolo, così garantendo ampia protezione alla discrezionalità degli editori⁷⁷.

Tuttavia, osserva Alito, occorre tener parimenti conto del già ricordato *Pruneyard Shopping Center*⁷⁸, in cui la Corte ritenne, anche stavolta all'unanimità, che la Costituzione della California potesse legittimamente equiparare un centro commerciale di proprietà privata ad un luogo pubblico, e conseguentemente assoggettarne i gestori ad obblighi di consentire, a chi lo voglia fare in modo ragionevole, la distribuzione di materiale politico ed invitare i clienti a firmare una petizione. Ma un altro precedente che Alito ravvisa a sostegno della legittimità delle *de-platforming laws* è *Turner Broadcasting I* che, come si è ricordato sopra, insieme a *Turner Broadcasting II* ha visto la Corte, questa volta con una maggioranza di 5 a 4 trasversale agli schieramenti ideologici, affermare la costituzionalità di alcuni obblighi imposti dall'agenzia federale di regolazione delle telecomunicazioni in capo agli operatori di tv via cavo di riservare alcuni canali alle tv locali, così ritenendo che l'interesse pubblico al pluralismo dovesse prevalere sulla discrezionalità editoriale delle imprese coinvolte.

Dopo la decisione della Corte Suprema, tuttavia, la Corte del *Fifth Circuit* ha nuovamente confermato formalmente la legge del Texas sul *deplatforming*, rimandando il caso alla corte inferiore (nel frattempo, la legge rimarrà in sospenso fino all'invio di istruzioni alla corte distrettuale, in attesa poi del ricorso alla Corte Suprema). I due casi della Florida e del Texas hanno quindi dato origine a un *circuit split*: bisognerà seguire da vicino come la Corte Suprema deciderà in merito. Mentre scrivo, l'ultimo aggiornamento risale al 23 gennaio 2023, quando la Corte Suprema ha assunto una decisione interlocutoria, senza ancora garantire o negare *certiorari*.

⁷⁷ Si noti la contraddizione con il sopra richiamato *Red Lion*.

⁷⁸ *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

5. *Libertà di espressione online: le ragioni per un approccio coerente e ideologicamente solido (e risposta alle possibili obiezioni)*

L'analisi sin qui condotta ha messo in luce a mio avviso alcune eclatanti contraddizioni in cui sembrano incorrere entrambe le prospettive attualmente dominanti nel dibattito pubblico. Io credo che ciò generi inevitabilmente una certa insoddisfazione per lo stato dell'arte di tale dibattito, ed induce ad andare alla ricerca di un approccio diverso, più internamente coerente e meno esposto alle aporie e contraddizioni appena evidenziate.

Tale approccio guarda molto semplicemente con grande favore alla tradizionale costituzionale americana di fortissima tutela della libertà di espressione e ritiene necessario mantenere la barra dritta e salvaguardarne la lezione anche là dove ciò vada a scapito di battaglie politiche di breve periodo o comunque di vantaggi, per quanto desiderabili, di breve termine. Appaiono cioè tuttora pienamente valide e insuperate tutti gli argomenti a sostegno di una strenua difesa della libertà di parola, e ciò sia sul piano ideologico caro ai conservatori (la libertà di espressione va tutelata quali che ne siano gli abusi e per quanto odiosi essi siano⁷⁹), sia in ottica utilitaristica più propria dei *liberal* (in un "mercato delle idee" funzionante, à la Oliver Wendell Holmes, quale è quello proprio di una *tolerant society*⁸⁰, le idee cattive verranno progressivamente eliminate, ed è preferibile che ciò avvenga in modo spontaneo e non coattivo, il che non farebbe altro che involontariamente rafforzarle).

D'altro canto, non possono essere sottovalutate le ragioni della libertà di espressione e della libertà economica delle piattaforme. Dopo tutto, si tratta fino a prova contraria di soggetti privati che come tali devono poter godere della più ampia discrezionalità editoriale, così come riconosciuto a favore dei media tradizionali. Da questo punto di vista, non appare in alcun modo uno scandalo la progressiva privatizzazione della "censura" operata dalle piattaforme⁸¹, e resa manifesta nell'istituzione dell'*Oversight Board* da parte di *Facebook/Meta*, con il compi-

⁷⁹ Cfr W.E. Bloch, *Defending the Undefendable*, Auburn, 2018 [1976], capitolo III, *Free Speech*, 39-72.

⁸⁰ Come nel titolo del celeberrimo lavoro di L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Cambridge, 1986. Di questo stesso Autore, si segnala la recentissima uscita di un nuovo volume scritto con G.R. Stone, *Social Media, Freedom of Speech, and the Future of our Democracy*, New York, 2022. Di recente, alcuni argomenti sono stati riproposti da J. Zimmerman, *Free Speech: And Why You Should Give a Damn*, Buffalo, 2021; cfr. anche Id., 'Why we must allow hate speech', *Pittsburgh Post-Gazette*, 17 agosto 2022, disponibile su <https://www.post-gazette.com/opinion/Op-Ed/2022/08/17/rushdie-matar-fatwa-censorship-speech-codes/stories/202208170022>.

⁸¹ Cfr. le riflessioni in argomento di C. Arun, *Making Choices: Social Media Platforms and Freedom of Expression Norms*, in L.C. Bollinger, A. Callamard (eds.), *Regardless of Frontiers. Global Freedom of Expression in a Troubled World*, New York, 2021, capitolo 12.

to di fungere da organo privato e indipendente d'appello rispetto alle decisioni di rimozione di contenuti e blocco di profili operate dal *social network*.

Se questo è vero, non appaiono esservi validi motivi per sacrificare questi sacri principi in nome vuoi del pur apprezzabile obiettivo di lottare contro tutte le forme di odio, vuoi all'opposto di combattere contro una discriminazione ideologico-culturale che indubbiamente danneggia chi la subisce e sicuramente non è del tutto frutto di una spontanea evoluzione del "mercato delle idee".

Da questo punto di vista, l'unica vera obiezione possibile appare essere quella che definirei "l'obiezione dell'oligarca", e che mi è stata mossa da Carlo Lottieri in un seminario di presentazione del mio precedente scritto in argomento⁸². In maniera solo apparentemente provocatoria, Lottieri avanzava l'ipotesi che l'enorme potere acquisito dalle piattaforme possa essere spiegato non solo come il risultato di una dinamica di mercato⁸³, ma anche sulla base della loro vicinanza al potere costituito, da cui avrebbero, se non attivamente cercato, quanto meno ricevuto favori – in termini ad es. di barriere normative all'ingresso di concorrenti – che ne avrebbero accresciuto la posizione di dominanza, a discapito di *competitor* più deboli o semplicemente più giovani, non diversamente da quello che accade in certi ordinamenti autoritari a taluni imprenditori (gli oligarchi, appunto) che accumulano ricchezza in quanto organici al potere, fino al punto da consentire di avanzare l'ipotesi che essi debbano essere ricondotti *de facto* alla sfera pubblica, non rilevando più la loro natura formalmente privatistica⁸⁴.

In prospettiva libertaria, l'obiezione di Lottieri appare indubbiamente molto seria e meritevole di adeguata considerazione, tanto più alla luce delle (per nulla) sorprendenti rivelazioni dei già menzionati *Twitter Files*, che hanno svelato per volontà del nuovo proprietario Elon Musk la notevole "*partisanship*" di alcune decisioni prese dai top manager di questo social network in alcune vicende politicamente molto sensibili. Tale obiezione può essere ricondotta alla questione se anche la proprietà privata dei *crony capitalists* o dei *rent-seekers* o addirittura dei criminali sia meritevole dello stesso grado di protezione di cui deve godere quella di chiunque altro l'abbia acquisita senza violare il principio di non aggressione e gli altri cardini di una società libera⁸⁵.

⁸² Quello sopra ricordato, *Offerte che non si possono rifiutare*, cit. Il seminario IREF in cui fu presentato in versione inglese in forma di *working paper* si è svolto il 15 ottobre 2021 a Bendern, Liechtenstein.

⁸³ Per una riflessione già molto precoce sulla disciplina di internet da una prospettiva di libero mercato, v. il numero 20.1 della rivista *Economic Affairs*, a cura di J. Morris, *Markets and the Internet*, marzo 2000.

⁸⁴ Lottieri equiparava tale meccanismo perfino a quello di taluni gruppi criminali che acquisiscono enormi ricchezze grazie ad appalti e altre procedure non trasparenti, anche se non necessariamente illegali in modo plateale, ma più per effetto di favori formalmente legali.

⁸⁵ Il tema si collega ad uno particolarmente attuale oggi, ovvero la necessità di contemperare le esigenze di tutela della *rule of law* con quelle di perseguimento degli obiettivi di politica estera, con riferimento alle sanzioni irrogate agli oligarchi russi all'indomani dell'invasione russa dell'Ucraina: cfr. in argomento L. Shackleton,

La prima considerazione da fare è se effettivamente le grandi piattaforme siano riconducibili alla categoria degli oligarchi, come nella tesi sostenuta da Lottieri anche in un suo recente scritto in materia di riflessi della pandemia di Covid-19 sul diritto, un evento che ha visto aumentare in modo estremamente marcato il controllo sui contenuti da parte delle piattaforme, con un *fact-checking* e una restrizione dei contenuti davvero capillari ed esiti anche contraddittori e paradossali⁸⁶.

Questa la tesi di Lottieri: «c'è da chiedersi cosa resti di «privato» nella società contemporanea, caratterizzata da una crescente invasione della politica nell'economia e nella vita culturale. [...] Grandi imprese come Facebook, Amazon oppure Google sono aziende private, ma possono ottenere enormi vantaggi dal potere politico. Per questo, esse sono portate ad agire in maniera opportunistica nei riguardi della politica e a investire molti soldi in iniziative lobbistiche. Per giunta, si tratta di imprese che possono essere cancellate oppure penalizzate in vario modo: da norme riguardanti il fisco, la concorrenza, i contratti di lavoro, la privacy e via dicendo. Alla luce di tutto ciò, è impossibile ritenere legittimo il comportamento di Zuckerberg, Bezos oppure Dorsey quando chiudono la bocca a chi interpreta posizioni che essi non apprezzano. C'è soprattutto da chiedersi se le loro aziende – attive entro questo quadro altamente politicizzato – siano ancora autenticamente private, dato che operano in totale sintonia con quanti dispongono della sovranità, oppure se non siano gli ultimi tentacoli di un potere politico assai più complesso e impenetrabile di quanto non fosse nei decenni scorsi»⁸⁷.

Benché vi siano effettivamente evidenze di *rent-seeking* da parte delle piattaforme, a me pare che vi siano tre elementi da considerare. In primo luogo, il modo in cui esse hanno assunto una posizione di dominanza nei rispettivi mercati appare irriducibilmente diversa dal modo in cui gli oligarchi assumono le proprie ricchezze. Se in questi ultimi vi è un evidente vizio d'origine, le piattaforme sembrano essere al più vittime del proprio successo, conseguito però in larga misura in linea con i requisiti fondamentali tratteggiati da Mises: un imprendito-

Yes, let's be "tough on Russia" – but not by overriding the rule of law, IEA, 10 marzo 2022, disponibile su <https://iea.org.uk/yes-lets-be-tough-on-russia-but-not-by-overriding-the-rule-of-law/>.

⁸⁶ È il caso della causa promossa dal giornalista John Stossel contro Meta per un *fact-checking* a suo dire diffamatorio a corredo di un suo post, nella quale Meta ha obiettato che quel *fact-checking*, che presenta appunto come un'affermazione di fatto certamente vera, era da ritenersi senza dubbio legittimo in quanto espressione di un'opinione: cfr. J. Stossel, *Here's where the 'facts' about me lie - Facebook bizarrely claims its 'fact-checks' are 'opinion'*, in *New York Post*, 13 dicembre 2021.

⁸⁷ C. Lottieri, *Introduzione: Gli oligarchi, i renitenti e gli altri*, in Id. (a cura di), *Leviatano sanitario e crisi del diritto. Cultura, società e istituzioni al tempo del Covid-19*, Macerata, 2022, 25-6, corsivo aggiunto. In qualche modo, questa prospettiva è stata paradossalmente corroborata proprio da Mark Zuckerberg, in una sua affermazione spesso ripresa, ovvero «*In a lot of ways Facebook is more like a government than a traditional company. We have this large community of people, and more than other technology companies we're really setting policies*» (la riporta ad es. F. Foer, *Facebook's war on free will*, *The Guardian*, 19 settembre 2017).

re «*does not reign over conquered territory, independent of the market, independent of his customers. [...] This 'king' must stay in the good graces of his subjects, the consumers; he loses his 'kingdom' as soon as he is no longer in a position to give his customers better service and provide it at lower cost than others with whom he must compete*»⁸⁸.

In secondo luogo, la pervasività sempre crescente del controllo sull'operato delle piattaforme da parte delle pubbliche autorità è tale da sollevare dubbi sull'effettiva assimilazione *de facto* delle piattaforme all'enorme *corpus* della burocrazia statale. Da un lato, si segnalano molteplici iniziative legislative volte ad orientare le condotte delle imprese che gestiscono i più grandi *social media*⁸⁹, o addirittura ad imporre loro la censura di determinati contenuti (un obbligo contro il quale hanno reagito in sede giudiziaria)⁹⁰.

Dall'altro, lo scrutinio è particolarmente forte in materia di diritto della concorrenza: sono infatti ben note le molteplici iniziative nei più diversi ordinamenti contro piattaforme in asserito regime di oligopolio, se non addirittura monopoliste dei rispettivi segmenti di mercato⁹¹, che risultano tanto più insidiose quanto più si combinano con la prospettiva della menzionata equiparazione delle medesime piattaforme a editori tradizionali, con le connesse responsabilità. Appare molto difficile contestualizzare queste iniziative all'interno di uno scenario di commistione stretta tra piattaforme e pubblici poteri, a meno di postulare l'esistenza di un preciso accordo tra le prime e i secondi, in base al quale tutto avviene secondo una logica, e anche le pesanti sanzioni *antitrust* sarebbero felicemente tollerate da queste compagnie, perché parte di una logica più ampia in cui i benefici superano gli svantaggi: una tesi suggestiva che, però, richiede una dimostrazione⁹².

⁸⁸ L. von Mises, *Economic Policy: Thoughts for Today and Tomorrow*, Auburn, 2006, 3rd edn [1979], 1.

⁸⁹ Cfr. C.M. DucFollow, M. Bobrowsky, *Social-Media Firms Would Have to Consider Children's Health Under Bill Passed by California Legislature*, in *The Wall Street Journal*, 30 agosto 2022, disponibile su <https://www.wsj.com/articles/social-media-firms-would-have-to-consider-childrens-health-under-bill-passed-by-california-legislature-11661901669?st=cgh2d865qbr4ldi>.

⁹⁰ Cfr. R. Chandran, *Twitter battles India for control of social media content*, Thomson Reuters Foundation News, 6 luglio 2022, disponibile su <https://news.trust.org/item/20220706152542-4jkzy>.

⁹¹ Tra i molti, cfr. in argomento N. Petit, *Big Tech and the Digital Economy. The M oligopoly Scenario*, Oxford, 2020.

⁹² Scrive ancora C. Lottieri, *Introduzione*, cit., 26: «*quanti parlano di deep State intendono evocare proprio il rapporto corrotto che collega le élite politiche, i nuovi e vecchi protagonisti dell'industria e della finanza, gli alti burocrati, i principali media e le correnti intellettuali egemoni. Non abbiamo quindi la classica «cattura del regolatore» che ha luogo quando un gruppo d'interesse orienta a proprio favore le decisioni politiche, ma invece un reciproco appropriarsi, così che non è facile capire, anche in virtù della netta convergenza ideologico-culturale, chi giochi nella posizione del dominante e chi del dominato*».

Un esempio eclatante di questo "reciproco appropriarsi" appare essere effettivamente quanto si è verificato in materia di controllo delle informazioni sul Covid-19, come sta emergendo all'esito dell'iniziativa sopra ricordata di Missouri e Louisiana (v. nota 64) e come è emerso anche in altri ordinamenti come l'India (cfr. K. Lyons, *Twitter censored tweets critical of India's handling of the pandemic at its government's request*, *The Verge*, 24 aprile 2021, disponibile su <https://www.theverge.com/2021/4/24/22400976/twitter-removed-tweets-critical-india-censor-coronavirus>). Eppure, se la condotta dei pubblici funzionari è stata effettivamente di pressione indebita, ciò appare di per sé contro la legge; ma nella misura in cui le piattaforme hanno consenzientemente

Da ultimo, appare davvero arduo mantenersi entro un quadro coerente se si vuole prendere alla lettera la tesi dell'*illegittimità* della “censura” privata o del *fact checking* da parte delle piattaforme. Infatti, perché si concretizzi la possibilità di rivolgersi ad un giudice per far valere tale illegittimità, occorre fondarsi su un'inevitabile premessa, ovvero ricondurre le piattaforme alla nozione di infrastruttura essenziale⁹³, o comunque di esercente un servizio pubblico. Solo equiparando le piattaforme digitali alle reti fisiche tradizionali come quella elettrica o quella ferroviaria, è possibile sostenere un loro obbligo giuridico di consentire l'accesso a chiunque, così come i gestori dei servizi di rete e in generale i concessionari di pubblico servizio non possono negare liberamente l'accesso a chi voglia avvalersi dei loro servizi.

Così facendo, però, si estenderebbe a dismisura la portata degli obblighi antitrust: considerare le piattaforme come una *essential facility* (a dispetto dell'assenza di restrizioni e contingentamenti di tipo fisico che caratterizza per definizione il mondo digitale) comporterebbe inevitabilmente il loro assoggettamento a tutta una serie di obblighi tipici di tutte le infrastrutture non duplicabili, che

accolto questa forte spinta del governo, la tesi qui sostenuta appare ancora valida, poiché si tratterebbe – in questo caso – di una loro politica adottata liberamente. Cfr. altresì S. Nelson, *White House 'flagging' posts for Facebook to censor over COVID 'misinformation'*, in *The New York Post*, 15 luglio 2021, disponibile su <https://nypost.com/2021/07/15/white-house-flagging-posts-for-facebook-to-censor-due-to-covid-19-misinformation/>. Considerazioni simili si possono fare con riguardo a quanto emerge dai rapporti periodici di Twitter sulle richieste di rimozione ricevute: <https://transparency.twitter.com/en/reports/removal-requests.html>. Ancor più di recente, un'inchiesta giornalistica ha rivelato le amplissime forme di interferenza (o collaborazione) tra il *Department of Homeland Security* degli Stati Uniti e le principali piattaforme di *social media*: K. Klippenstein, L. Fang, *Truth Cops. Leaked Documents Outline DHS's Plans to Police Disinformation*, in *The Intercept*, 31 ottobre 2022, disponibile su <https://theintercept.com/2022/10/31/social-media-disinformation-dhs/>.

Merita ancora segnalare che questo “reciproco appropriarsi” non è certamente un fenomeno nuovo, ma se ne trova traccia già in analisi precedenti all'avvento di internet. Ad es., è interessante la notazione di come la censura, per non ammettere la propria esistenza, preferisca nascondersi dietro “*institutions with completely different functions, such as publishing houses*”, o assumere le sembianze di un “*editor (of a book, a newspaper, or an anthology), of a reporter, publisher's reader, etc.*”: così D. Kiš, *Censorship/self censorship, Index on Censorship* 1186, 43. Questo breve saggio contiene acute considerazioni sui rischi di autocensura invisibile provocati dalle troppe interferenze censorie dei governi. Le sue riflessioni sono state riprese con riferimento all'*online speech* da E. Snowden, *The Most Dangerous Censorship*, 22 giugno 2021, disponibile su <https://edwardsnowden.substack.com/p/on-censorship-pt-1>, secondo cui «*For fear of losing a job, or of losing an admission to school, or of losing the right to live in the country of your birth, or merely of social ostracism, many of today's best minds in so-called free, democratic states have stopped trying to say what they think and feel and have fallen silent. That, or they adopt the party-line of whatever party they would like to be invited to – whatever party their livelihoods depend on. Such is the trickle-down effect of the institutional exploitation of the internet, of corporate algorithms that thrive on controversy and division: the degradation of the soul as a source of profit – and power.*».

⁹³ Cfr., tra i molti, M. Lao, *Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2013, 11, 275; con riguardo all'Europa, v. I. Graef, *Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy*, *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 2019, 53(1), 40. Più di recente, con riferimento agli *app store*, v. O. Borgogno, G. Colangelo, *Platform and Device Neutrality Regime: The New Competition Rulebook for App Stores?*, *The Antitrust Bulletin*, 2022, 67(3), 451.

però mal si attagliano a soggetti che non sono protetti da alcun limite fisico alla concorrenza⁹⁴.

D'altro canto, anche a prescindere dall'assoggettamento alle regole imposte alle imprese in posizione dominante, una tale prospettiva condurrebbe certamente ad estendere gli obblighi di non discriminazione (validi ben oltre le sole imprese dominanti), a tutto discapito della libertà contrattuale: per poter fare valere davanti a un giudice l'illegittimità della "censura" di *Facebook/Meta*, si dovrà inevitabilmente negare che *Facebook/Meta* abbia piena libertà di autodeterminare con chi legarsi in una relazione contrattuale e chi no⁹⁵.

In definitiva, a me pare che si finirebbe inevitabilmente, con un tipico piano inclinato proprio dell'interventismo⁹⁶, con l'estendere di molto il novero dei diritti di natura in senso lato sociale, che in altra sede lo stesso Lottieri ha rimarcato come comportino una correlativa compressione delle libertà individuali, da lui non favorita⁹⁷.

Ma anche a voler fare propria la premessa di Lottieri, a scopi di argomentazione, occorre poi interrogarsi in secondo luogo su quali debbano essere le conseguenze sul piano del diritto di un ipotetico accertamento della natura *crony* e oli-

⁹⁴ Con riguardo in particolare ai rapporti tra diritto della concorrenza e libertà di espressione, un importante caso di "economic speech" da ricordare è *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), citato da Alito nel suo *dissent* in *Netchoice, LLC v. Paxton*, su cui vedi poco sopra nel testo. Qui, la Corte Suprema aveva stabilito l'illegittimità del divieto previsto nello statuto della Associated Press per i suoi membri di fornire notizie (indifferentemente del gruppo o meno) a editori non membri del gruppo. La Corte precisò qui i confini della libertà della stampa nel senso che «[f]reedom of the press from governmental interference under the First Amendment does not sanction repression of that freedom by private interests» (326 U.S. 20). Cfr. anche uno dei principali argomenti a sostegno della legge oggetto del caso *Tornillo* (un argomento però rigettato dalla Corte Suprema), ovvero (nella ricostruzione della stessa Corte, 418 U.S. 251) «*The First Amendment interest of the public in being informed is said to be in peril because the "marketplace of ideas" is today a monopoly controlled by the owners of the market*». Si esprime in senso contrario all'enforcement della normativa antitrust per proteggere la *noncommercial speech* (ad es. "expressive, political, and social speech") anche G. Day, *Monopolizing Free Speech*, *Fordham L. Rev.*, 2020, 88, 1315 (pur ampiamente favorevole invece ad un ampio uso della stessa con riguardo invece al *commercial speech*). Ancora in materia di (insoddisfacente, ma in quanto insufficientemente incisiva) applicazione del diritto della concorrenza ai "digital gatekeepers", v. O. Lynskey, *Regulating 'Platform Power'*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 1/2017.

⁹⁵ Vale la pena di notare che questa considerazione rimane valida anche se si sostiene la tesi – prospettata ad esempio da S. Thobani, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Persona e Mercato*, 2021, 426-439 – per cui almeno le principali piattaforme potrebbero trovare un limite privatistico-contrattuale (e non solo o non necessariamente pubblicitario-costituzionale) nelle proprie scelte "editoriali", derivante dal fatto di essersi, almeno inizialmente, presentate come aperte a tutti, senza sufficienti preve indicazioni nelle *Terms and conditions* in merito alle proprie politiche di restrizione di eventuali contenuti. La tesi appare suggestiva e condivisibile, ma rimane valida in un contesto per l'appunto privatistico e non incide sull'argomento pubblicitario degli asseriti limiti alla libertà contrattuale derivanti da immanenti e preminenti principi antidiscriminatori, che si applicherebbero anche in presenza delle *Terms and conditions* più dettagliate e precise, potenzialmente anzi superandole.

⁹⁶ È il noto argomento al cuore di F. A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, Abingdon, 1944.

⁹⁷ C. Lottieri, *Every New Right is a Freedom Lost: A Classical Liberal Defense Against the Triumph of False Rights*, Dallas, 2016.

garchica delle piattaforme. Tale questione è stata discussa da alcuni dei principali esponenti del pensiero libertario e anarco-capitalista, con esiti non sovrapponibili⁹⁸. Così, Mises, in un paragrafo intitolato *Violence and contract* del capitolo sulla proprietà del suo studio dei sistemi socialisti, aveva già riflettuto sulla primigenia natura violenta della proprietà.

In via generale, egli scriveva, «*All ownership derives from occupation and violence. When we consider the natural components of goods, [...] and when we follow the legal title back, we must necessarily arrive at a point where this title originated in the appropriation of goods accessible to all. Before that we may encounter a forcible expropriation from a predecessor whose ownership we can in its turn trace to earlier appropriation or robbery. That all rights derive from violence, all ownership from appropriation or robbery, we may freely admit to those who oppose ownership on considerations of natural law*»⁹⁹. Mises concludeva che anche questa forma di violenza a monte non sarebbe sufficiente a legittimare una compressione dei diritti di proprietà attuali: «*But this offers not the slightest proof that the abolition of ownership is necessary, advisable. or morally justified*»¹⁰⁰.

Ciò non toglie, però, che «*The significance of the legal concept of property lies just in this – that it differentiates between the physical has and the legal should have. The Law recognizes owners and possessors who lack this natural having, owners who do not have, but ought to have*»¹⁰¹: ciò comporta che il possessore che abbia acquisito la disponibilità di un bene in modo contrario al diritto non è da questo protetto, ma il ragionamento si mantiene all'interno dei rapporti inter-soggettivi e non viene considerata l'ipotesi più difficile di una proprietà che non derivi direttamente da un furto, ma solo indirettamente dall'elargizione del governo.

Dal canto suo, con una prospettiva assai più interventista Nozick giustificò una sorta di redistribuzione *una tantum* ad opera del governo per rimediare ad ingiustizie passate: «*an important question for each society will be the following: given its particular history, what operable rule of thumb best approximates the results of*

⁹⁸ L'analisi che segue è fondata su Emil Lindqvist, *Libertarianism and Georgism on Private Property* (2015), disponibile su <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:900066/FULLTEXT01.pdf>.

⁹⁹ L. von Mises, *Socialism. An Economic and Sociological Analysis* (tr. J. Kahane), New Haven, 1962 [1951], 42-3. Su questo punto si ritrovano accenti simili in J. Stuart Mill, *Principles of Political Economy with some of their Applications to Social Philosophy*, Longmans, Green, and Company, London, 1909 [1870], II.1.3 «*The social arrangements of modern Europe commenced from a distribution of property which was the result, not of just partition, or acquisition by industry, but of conquest and violence: and notwithstanding what industry has been doing for many centuries to modify the work of force, the system still retains many and large traces of its origin*». Similmente, R. Epstein ha scritto che «*[m]uch of the current stores of wealth were acquired by improper means, and these imperfections necessarily infect the system as it now stands*» (R.A. Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, MA, 1985, 346. Questi due passaggi sono ricordati da D.G. Duff, *Private Property and Tax Policy in a Libertarian World: A Critical Review*, *Can. J. L. & Jur.* 23, 2005, 128, 38.

¹⁰⁰ von Mises, *Socialism*, 43.

¹⁰¹ von Mises, *Socialism*, 37.

a detailed application in that society of the principle of rectification? [...]. Although to introduce socialism as the punishment for our sins would be to go too far, past injustices might be so great as to make necessary in the short run a more extensive state in order to rectify them»¹⁰².

Infine, Rothbard è forse colui che più precisamente ha considerato la questione della legittimità o meno di titoli di proprietà derivanti da atti formalmente legali, ovvero coerenti con l'ordine costituito, ma contrari al principio di non aggressione. Egli fece l'esempio dell'immaginario regno di Ruritania, in cui il re aveva acquisito con la violenza tutte le proprietà dei suoi sudditi. Questi ultimi reagirono e si apprestarono a destituirlo, ma un momento prima di cedere il potere il re distribuì la proprietà dell'intero regno tra sé e undici suoi parenti: che ne è, si chiede Rothbard, di quei titoli di proprietà attribuiti dal re¹⁰³? Adottando una prospettiva sostanzialista e anti-utilitarista, egli concluse per la loro illegittimità, sulla base di una fondamentale distinzione tra proprietà *giusta* e *ingiusta*: «*It should be clear that for the libertarians to refute this stratagem they must take their stand on a theory of just versus unjust property [...]. They would then say to the king: "We are sorry, but we only recognize private property claims that are just—that emanate from an individual's fundamental natural right to own himself and the property which he has either transformed by his energy or which has been voluntarily given or bequeathed to him by such transformers. We do not, in short, recognize anyone's right to any given piece of property purely on his or anyone else's arbitrary say-so that it is his own. There can be no natural moral right derivable from a man's arbitrary claim that any property is his"*»¹⁰⁴. E addirittura, in questa ipotetica risposta della società libertaria al re dispotico, arrivava a concludere: «*Therefore, we claim the right to expropriate the 'private' property of you and your relations, and to return that property to the individual owners against whom you aggressed by imposing your illegitimate claim*»¹⁰⁵.

In definitiva, perfino in un autore dalla estrema coerenza e aderenza ai principi libertari come Rothbard emerge un possibile spazio per una revoca di titoli di proprietà considerati ingiusti dal punto di vista sostanziale (anche se formalmente corretti), e pertanto – per tornare al punto da cui abbiamo preso le mosse – sembrerebbe potersi giustificare su questa base, anche da prospettiva libertaria, un'interferenza con la libertà delle piattaforme di determinare in modo discrezionale le proprie politiche di controllo dei contenuti e di *fact-checking*. Chiaramente, per fare ciò occorre accettare la premessa dell'illegittimità, se non originaria, quanto meno derivata, dei titoli di proprietà delle piattaforme, per effetto di quel "reciproco appropriarsi" di cui parla Lottieri: un fatto, però, che, come detto, si presta

¹⁰² R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Oxford-Cambridge, 1999 [1974]), 231.

¹⁰³ M. N. Rothbard, *The Ethics of Liberty* (New York-London, 1998 [1982]), 54-5.

¹⁰⁴ *Ivi*, 55.

¹⁰⁵ *Ibid.*, enfasi aggiunta.

a sua volta ad alcune significative obiezioni, a mio avviso insuperabili, collegate al modo in cui le piattaforme hanno acquisito la propria posizione di forza, ai forti limiti imposti in materia di diritto della concorrenza, e ai rischi connessi all'estensione dell'ambito di operatività della nozione di “*essential facility*”.

6. *Conclusion: tra libertà di espressione, “economic speech” e libertà contrattuale e d'impresa*

L'analisi condotta ha permesso di raggiungere alcune precise conclusioni. In primo luogo, appare evidente e molto marcata la tendenza, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti, verso la progressiva restrizione dello spazio di tutela della libertà contrattuale: si tratta di una tendenza più generale¹⁰⁶, che già ha caratterizzato da sempre il dibattito in materia di *net neutrality*¹⁰⁷ e che si manifesta in modo chiaro anche per ciò che riguarda internet e in particolare il ruolo delle piattaforme¹⁰⁸.

Ciò avviene per effetto di una “convergenza parallela” di diverse prospettive ideologiche: per motivi diversi e per certi versi opposti, tanto i progressisti quanto i conservatori si trovano ad invocare la possibilità per la politica di interferire maggiormente con l'operato delle piattaforme. Tale movimento sembra assecondato anche dai fautori dell'originalismo come Gorsuch (e lo stesso Thomas), che sembrano, se non condividere questa direzione, quanto meno non essere disposti a fermarla in quanto espressione di una scelta politica molto precisa, senza che essi ravvisino nella Costituzione dei Padri Fondatori indicazioni di una sua eventuale illegittimità.

Ma un'apertura alla limitazione della libertà contrattuale sembra giungere perfino da prospettiva libertaria, certamente assai minoritaria nel dibattito pubblico, ma con un certo seguito tanto negli Stati Uniti quanto in Europa in materia di libertà di espressione e libertà civili in genere. Come si è visto, in quest'otti-

¹⁰⁶ Come ho avuto modo di argomentare in *Offerte che non si possono rifiutare*, cit.

¹⁰⁷ Senza che sia possibile in questa sede ripercorrerlo neppure per sommi capi, segnalo soltanto, tra le più recenti novità in argomento, la sentenza della Corte di giustizia dell'Ue (Grande Sezione) nel caso *Telenor Magyarország Zrt. / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnök*, 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, in cui i giudici europei hanno affermato l'incompatibilità con il diritto europeo di piani tariffari che non conteggino il traffico dati generato da alcune applicazioni come rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di traffico prevista nell'offerta. L'esigenza di mantenere un accesso non discriminatorio alle tecnologie digitali emerge anche nel contesto del Consiglio d'Europa, e in particolare nella *Recommendation CM/Rec(2022)13 of the Committee of Ministers to member States on the impacts of digital technologies on freedom of expression (Adopted by the Committee of Ministers on 6 April 2022 at the 1431st meeting of the Ministers' Deputies)*.

¹⁰⁸ In dottrina, si è giunti fino ad avanzare la tesi, davvero insostenibile nella prospettiva di chi scrive, per cui perfino i siti di *dating online* dovrebbero essere trattati da *public accommodations* e come tali assoggettati a precisi obblighi antidiscriminatori: S. Bedi, *Online Dating Sites as Public Accommodations: Facilitating Racial Discrimination*, in S.J. Brison, K. Gelber (eds.), *Free Speech in the Digital Age*, Oxford, 2019, 189 ss.

ca è stato sostenuto che le piattaforme non sarebbero più soggetti autenticamente privati, così finendo con l'aprire la strada ad un ampliamento del novero dei soggetti ibridi che vengono considerati *state actor* e la cui libertà contrattuale è quindi limitata per la necessità di garantire la neutralità dei soggetti pubblici.

Muovendo dalla premessa della natura non più genuinamente privata delle piattaforme, questo esito appare tanto inevitabile quanto paradossale, se si pensa allo scetticismo con cui la prospettiva libertaria ha sempre accolto le restrizioni alla libertà contrattuale dei privati, anche se volte al perseguimento di obiettivi in quanto tali senz'altro condivisi come il superamento dei pregiudizi razziali o delle altre svariate forme di odio nei confronti di gruppi storicamente svantaggiati¹⁰⁹.

Ma tanta è l'importanza della libertà economica, come dimensione ineliminabile della libertà individuale, che non si ritiene che essa possa essere funzionalizzata e sacrificata sull'altare del perseguimento di obiettivi altri, per quanto nobili. E d'altro canto, autorevole dottrina ha avanzato dubbi piuttosto convincenti sull'effettiva efficacia degli obblighi antidiscriminatori in capo alle imprese rispetto all'obiettivo perseguito di lotta ai pregiudizi e ai preconcetti. È stato infatti osservato che tali obblighi possono finire paradossalmente per l'avvantaggiare gli attori economici inclini ad ingiustificate discriminazioni. La loro (libera) scelta di non entrare in relazione con determinati fornitori, lavoratori o clienti per pregiudizi di natura discriminatoria li avrebbe infatti penalizzati, dal momento che i soggetti discriminati senza altro motivo che una loro caratteristica che nulla ha a che vedere con la qualità della loro prestazione avrebbero finito con l'apportare il beneficio dei propri servizi o del proprio potere d'acquisto a dei concorrenti privi di pregiudizi; vietando le discriminazioni, invece, si impedisce questo meccanismo autocorrettivo del mercato¹¹⁰.

Il campo del cosiddetto "*economic speech*", ovvero quello in cui le scelte imprenditoriali sono classificabili anche come "*speech*", ovvero sono effettuate sulla base di una precisa ragione ideologica (o religiosa) dell'imprenditore, o comunque la riflettono e la "manifestano" all'esterno, o in ogni caso delle forme di espressione sono effettuate nel contesto di un'attività d'impresa, costituisce un ambito in particolarmente fermento da questo punto di vista, e al contempo quindi un banco di prova molto rilevante per testare la "resilienza" della libertà contrattuale.

¹⁰⁹ Si segnalano in particolare alcuni scritti di W.E. Bloch: *Discrimination: An interdisciplinary analysis*, 11(4) *Journal of Business Ethics* (1992); *Compromising the Uncompromisable: Discrimination, The American Journal of Economics and Sociology*, 1998, 57(2), 223; con J. Portillo, *Anti-Discrimination Laws: Undermining Our Rights*, *Journal of Business Ethics*, 2012, 209. In senso contrario, W. Kline, *A Libertarian Defense of Title II of the 1964 Civil Rights Act*, *Journal of Business Ethics* (2022).

¹¹⁰ A questo proposito, cfr. R.A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge, 1992.

La tendenza in atto appare chiara, e se perfino da prospettiva libertaria finiscono col venir meno alcuni argomenti contro di essa, o in ogni caso si invoca nei fatti la riconduzione delle piattaforme alla categoria degli *state actor*, la sensazione è che gli obblighi antidiscriminatori ne vengano almeno nell'immediato rafforzati, essendo ben difficile che, mentre si estende il novero degli enti assoggettati agli obblighi in questione, così rafforzandone la pervasività, al contempo si assista ad un loro ridimensionamento in capo a tutti gli altri soggetti (della cui effettiva natura privata nessuno dubita). Ne risulterà un continuo aumento dell'ambito di operatività delle leggi anti-discriminatorie.

Tuttavia, quanto meno nel contesto americano la Corte Suprema ha dimostrato, anche in anni recenti, di volere e sapere essere un baluardo della libertà contrattuale e della libertà di espressione¹¹¹. Non è pertanto da escludere che ciò possa avvenire anche nei casi di "*economic speech*" in cui esse si combinano e appaiono inestricabilmente connesse. Ciò potrebbe avvenire proprio a partire dai procedimenti sulle *de-platforming laws* di cui, come detto, occorrerà seguire da vicino l'evoluzione, perché potrebbero portare un po' di chiarezza nell'attuale complesso e spesso confuso quadro di ciò che, a seconda delle prospettive, gli operatori di internet e in particolare le piattaforme *devono, possono, non possono o possono non fare* (o ancora, sul piano *de jure condendo, dovrebbero, dovrebbero poter, non dovrebbero poter o dovrebbero poter non fare*) quando si tratta di porre limiti e restrizioni alle libere manifestazioni del pensiero.

Ad oggi, si intrecciano in modo complesso il piano legislativo¹¹² e quello giurisprudenziale¹¹³ (costituzionale e non). Di conseguenza, la ricostruzione di quali siano, sul piano del diritto positivo, i poteri e perfino i doveri delle piattaforme non appare sempre agevole. Sarebbe invece quanto mai preziosa un'opera di chiarezza

¹¹¹ Ciò è avvenuto con particolare rilievo con riguardo a restrizioni previste nella disciplina elettorale, in particolare in quella del finanziamento: oltre al già citato *Citizens United, v. McCutcheon v. Federal Election Commission*, 572 U.S. 185 (2014); *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock*, 567, U.S. 516 (2012); *Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v. Bennett*, 564 U.S. 721 (2011); *Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life, Inc.*, 551 U.S. 449 (2007). Accanto ad essi, diversi casi hanno anche rafforzato le tutele della libertà religiosa, anch'essa protetta dal Primo Emendamento. Per una critica a questa asserita "*Supreme Court's expansion of the First Amendment for the benefit of commercial actors*", nel contesto di internet, v. J. Francis, L. Francis, *Freedom of Thought in the United States: The First Amendment, Marketplaces of Ideas, and the Internet*, *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2021, 8(2-3), 192; sempre in senso critico, v. anche D. French, *Free Speech for Me but Not for Thee. The American right has lost the plot on free speech*, in *The Atlantic*, aprile 2022, disponibile su <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/04/republican-dont-say-gay-bill-florida/629516/>; J. Britton-Purdy, *The Bosses' Constitution: How and why the First Amendment became a weapon for the right*, in *The Nation*, 12 settembre 2018, disponibile su <https://www.thenation.com/article/archive/the-bosses-constitution/>.

¹¹² In costante evoluzione, in antitesi alla scelta qui invocata all'inizio della necessità di limitare il più possibile il ricorso a nuove leggi per affrontare questi, pur nuovi, fenomeni.

¹¹³ In argomento, si segnala il recente E. Psychogiopoulou, S. de la Sierra (eds.), *Digital Media Governance and Supranational Courts. Selected Issues and Insights from the European Judiciary*, Cheltenham, 2022.

che, secondo la prospettiva qui sostenuta, fughi ogni possibile dubbio sulla natura interamente privata delle piattaforme, e ne tragga auspicabilmente la conseguenza dell'insindacabilità delle loro decisioni imprenditoriali (anche se) aventi la valenza di un'affermazione ideologica, in quanto rientranti nella duplice sfera intangibile delle libere decisioni imprenditoriali e delle libere manifestazioni di pensiero.

In questa prospettiva, può indicare la via la risposta, al tempo stesso profondamente onesta ed ironica, del direttore di un piccolo giornale locale del Texas, il *Vindicator*, che nel 2018 aveva deciso di celebrare il Giorno dell'Indipendenza pubblicando nei giorni precedenti sul suo profilo Facebook degli stralci della Dichiarazione di Indipendenza. Senonché ad un certo momento giunse il turno del punto in cui si accusa il re della Gran Bretagna, tra le altre cose, di aver fatto rivoltare i “*merciless Indian Savages*” contro le tredici colonie. L'algoritmo di Facebook lo interpretò come *hate speech* e bannò il post. Il commento del direttore, Casey Stinnett, rimane una stella polare insuperata di un possibile approccio coerente al problema. Non ci potrebbero essere parole migliori delle sue per chiudere questo lavoro: «*While unhappy with Facebook's action, the editor reminds readers that Facebook is a business corporation, not the government, and as such it is allowed to restrict use of its services as long as those restrictions do not violate any laws. Plus, The Vindicator is using Facebook for free, so the newspaper has little grounds for complaint other than the silliness of it. The problem The Vindicator faces is that it has become dependent, perhaps too dependent, on Facebook to communicate with local residents and to promote the newspaper. [...] So, the removal of this morning's post puts the Vindicator in a quandary about whether to continue with posting the final two parts of the Declaration. [...] Should Facebook find anything in them offensive, The Vindicator could lose its Facebook page. This is frustrating, but your editor is a historian, and to enjoy the study of history a person must love irony. It is a very great irony that the words of Thomas Jefferson should now be censored in America*»¹¹⁴.

¹¹⁴ Il racconto della vicenda e la selezione delle frasi più significative dell'editoriale (Casey Stinnett, *Facebook's Program Thinks Declaration of Independence Is Hate Speech*, *Vindicator*, 2 luglio 2018) sono tratti da D. Keller, *Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech*, Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series Paper No. 1902 (29 gennaio 2019), disponibile su <https://www.lawfareblog.com/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech>.

Il dibattito sull'online speech: alla ricerca di un fondamento ideologico solido e coerente, tra libertà di espressione, "economic speech" e libertà di iniziativa economica

L'articolo traccia un quadro aggiornato della disciplina dell'*online speech* negli Stati Uniti e nell'Unione europea, considerando le più importanti innovazioni normative, diversi casi giurisprudenziali significativi, e le principali posizioni nel dibattito pubblico, non solo accademico. Viene offerta una prospettiva diversa rispetto agli approcci più diffusi alla regolamentazione della materia, con una riflessione circa la perdurante natura esclusivamente privata o meno delle grandi piattaforme che ospitano user-generated content. La conclusione riflette sulle intersezioni che avvengono online tra libertà di espressione, "economic speech" e libertà di iniziativa economica.

The debate on online speech: the search for a solid and coherent ideological foundation, between freedom of expression, "economic speech" and freedom of economic initiative

The article draws an up-to-date picture of the regulation of online speech in the United States and the European Union, considering the most important regulatory innovations, several significant cases, and the main positions in the public debate, not only academic. An alternative perspective to the most popular approaches to regulating the subject is offered, with a reflection on the continuing exclusively private or non-private nature of large platforms hosting user-generated content. The conclusion reflects on the intersections that occur online between freedom of expression, 'economic speech' and freedom of economic initiative.

PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo

Clemente Pio Santacroce

SOMMARIO: 1. Obiettivo dell'indagine. – 2. Il *Next Generation EU* e il consequenziale PNRR come «opportunità imperdibile» per una «modernizzazione» della pubblica amministrazione italiana. Il «nuovo alfabeto» dell'amministrazione e della sua «riforma orizzontale»: Accesso, Buona amministrazione, Competenze e Digitalizzazione. – 3. La crisi da Covid-19, il seguente «*tsunami legislativo*» e le quattro «*ondate di semplificazioni*» (presunte, reali e potenziali) incidenti (anche) sulla l. n. 241/1990. – 3.1. (*Segue*) La legislazione emergenziale e il c.d. «*decreto rilancio*» (d.l. n. 34/2020). – 3.2. (*Segue*) Il c.d. «*decreto semplificazioni*» (d.l. n. 76/2020). – 3.3. (*Segue*) Il c.d. «*decreto semplificazioni-bis*» (d.l. n. 77/2021). – 3.4. (*Segue*) La legge «annuale» per il mercato e la concorrenza (l. n. 118/2022) e la delega, ivi prevista (art. 26), per l'individuazione dei nuovi regimi amministrativi di controllo delle attività private e per la semplificazione e reingegnerizzazione in digitale delle procedure amministrative. – 4. La legge sul procedimento e le «*declinazioni valoriali*» della semplificazione ai tempi del PNRR: un quadro di sintesi. – 5. Un «*parallelismo diacronico*»: la Repubblica d'Austria, i *Genfer Protokolle* del 1922 e le c.d. «*Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*» (leggi per la semplificazione dell'amministrazione). – 5.1. (*Segue*) La *Vereinfachung* (semplificazione) e la *Vereinheitlichung* (unificazione) del *Verwaltungsverfahren* (procedimento amministrativo) quali *Grundsätze* (principi) della *Wiederaufbaugesetz* (legge per la «ricostruzione») del 1922. Alle radici della *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925: la legificazione del diritto procedimentale amministrativo austriaco tra obblighi internazionali e solide sistematizzazioni teoriche del «*diritto amministrativo vivente*». – 6. Un ritorno al presente e al di qua dei confini ordinamentali italiani: dalla semplificazione alla complessificazione. Un legislatore errante, tra frammentazione e progressivo svuotamento del procedimento amministrativo e della sua disciplina «generale». Il PNRR come «opportunità imperdibile» (o, altrimenti, occasione persa) per imboccare la via di un rinnovato e autentico spirito riformatore.

1. *Obiettivo dell'indagine*

Nella prefazione ad un volume collettaneo sulla *Effizienz* come «sfida» (anche) per il diritto amministrativo, due tra i più autorevoli giuspubblicisti tedeschi contemporanei ebbero occasione di sottolineare limpidamente, già sul finire del secolo scorso, come le crisi finanziarie siano spesso alla base delle spinte riformiste concernenti la pubblica amministrazione: «*Die Reform der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsrechts* – si è osservato – *wird zunehmend durch die strukturelle Finanzkrise des Staates angestoßen*»¹.

La crisi, sanitaria e ad un tempo economica e sociale, innescata dalla pandemia da Covid-19, oltre a toccare ben noti “*nervi scoperti*” dell’amministrazione pubblica italiana, ha messo in luce anche nuove lacune nell’organizzazione e nell’azione amministrativa, amplificando ulteriormente la percezione di un certo senso di urgenza delle riforme amministrative nel nostro Paese².

Il legislatore, sia nella fase dell’emergenza che in quella, successiva e consequenziale, di predisposizione ed iniziale implementazione delle misure previste dal *Piano nazionale di ripresa e resilienza*³, ha provato ad offrire risposte normative su più versanti, molte delle quali sono state ricondotte, a torto o a ragione, nel grande e variegato contenitore della *semplificazione*.

Ne è seguito uno “*tsunami legislativo*” che ha investito diversi ambiti di grande interesse per gli studiosi del diritto amministrativo (sia sostanziale che processuale).

Il presente contributo, attraverso una riconsiderazione (necessariamente sintetica ma) complessiva dei “*residui normativi*” depositatisi dopo le diverse “*ondate legislative*” che dal 2020 ad oggi hanno interessato la legge n. 241 del 1990, intende fare il punto su “*cosa resta quando il mare si ritira*”.

Detto in altri termini, obiettivo dell’indagine è quello di provare a verificare, da una prospettiva capace di restituire un quadro d’insieme, l’impatto sul piano

* Il contributo prende le mosse da alcune riflessioni – poi ampliate ed aggiornate anche alla luce di alcune sopravvenienze normative – poste nelle relazioni presentate a due convegni: quello tenutosi ad Innsbruck, il 9 giugno 2022, su «*Covid und die Auswirkungen der Pandemie auf das Recht*», e quello che ha avuto luogo a Perugia, il 23 settembre 2022, su «PNRR e diritto amministrativo», organizzato dalla Camera amministrativa umbra e dall’Università di Perugia. Nel licenziare il lavoro, chi scrive desidera ringraziare una volta ancora i Responsabili scientifici delle due iniziative per l’opportunità di riflessione e dialogo, e in particolare, rispettivamente: il Prof. F.A. Schurr, la Prof.ssa E. Happacher e la Prof.ssa M. Helfer, dell’*Institut für Italienisches Recht* dell’Università di Innsbruck, e il Prof. A. Bartolini del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Perugia.

¹ Così W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßman (a cura di), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, Baden-Baden, 1998, 5. La considerazione – come ben noto – è da tempo rintracciabile anche nella dottrina amministrativistica italiana. Sul punto, tra i contributi più recenti e significativi, si v. A. Travi, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in www.giustamm.it, 2016, 5.

² Sulla diffusa percezione della burocrazia come «un nemico da combattere», ma anche sugli odierni «fattori di crisi» e sulle «necessarie riforme», si vedano le recenti, belle e dense pagine di S. Cassese, *Amministrare la Nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022, *passim*, ma in part. 16 ss., 62 ss. e 93 ss.

³ Nel prosieguo, per brevità, PNRR.

della semplificazione amministrativa delle più recenti modifiche (2020-2022) alla disciplina “generale” italiana sul procedimento (e provvedimento) amministrativo, onde pervenire conclusivamente, anche attraverso talune suggestioni provenienti da un’assai significativa esperienza di codificazione legislativa del diritto procedimentale amministrativo d’oltreconfine e del passato⁴, ad una valutazione in ordine al livello di adeguatezza delle misure previste dal PNRR e dalla legislazione ad esso collegata, rispetto al dichiarato ed ambizioso fine di una «*riforma orizzontale*»⁵ della pubblica amministrazione italiana.

2. *Il Next Generation EU e il consequenziale PNRR come «opportunità imperdibile» per una «modernizzazione» della pubblica amministrazione italiana. Il «nuovo alfabeto» dell’amministrazione e della sua «riforma orizzontale»: Accesso, Buona amministrazione, Competenze e Digitalizzazione*

Il PNRR italiano, in linea con quanto indicato dal *Next Generation EU*⁶ e al pari – e forse ancor più⁷ – di quelli predisposti dagli altri Stati membri dell’Unione europea⁸, è – o vorrebbe essere – anzitutto un piano di riforme⁹.

Esso, in effetti, ne individua diverse e di diversa tipologia: «orizzontali o di contesto», «abilitanti», «settoriali»¹⁰.

Tra quelle «*orizzontali*», ossia di rilevanza trasversale rispetto ai tre *assi strategici*, alle *sei missioni* e alle *sedici componenti* in cui il Piano è stato articolato,

⁴ Di cui si dirà *infra*, in part. §§ 5 e 5.1.

⁵ L’espressione, significativamente utilizzata nel PNRR, è stata già ripresa da S. Cassese, *Amministrare la Nazione*, cit., 97.

⁶ E dal dispositivo *Recovery and Resilience Facility* (RRF), di cui al reg. UE 2021/241.

⁷ Non fosse altro che per la (non trascurabile) quantità di risorse finanziarie richieste ed ottenute dall’Italia: si v. *infra*, sub nt. 36 e 38. Sul «primato italiano nella acquisizione dei fondi europei *Next Generation*» e sui «meriti» e «demeriti» della «parte più debole del nostro Paese», si vedano le interessanti riflessioni di A. Barone, *Il tempo della perequazione: il Mezzogiorno nel PNRR*, in *Pers. Amm.*, 2021, 2, 7 ss. (spec. 8).

⁸ Per la cui consultazione e comparazione si v. il sito web della Commissione europea (https://commission.europa.eu/business-economy-euro/economic-recovery/recovery-and-resilience-facility_it#piani-nazionali-di-ripresa-e-resilienza), o quello della Fondazione Openpolis (<https://www.openpolis.it/il-pnrr-italiano-e-il-confronto-con-gli-altri-paesi-europei/>).

⁹ Cfr., in questi termini, M. Draghi, allora in veste di Presidente del Consiglio dei ministri, nella *Premessa* al PNRR (p. 4).

¹⁰ Cfr. PNRR, II, 47 ss. Sulla diversificazione delle riforme previste dal PNRR, le quali «non sono tutte “uguali” (non hanno, cioè, un approccio metodologico omogeneo, né operano allo stesso livello)», si v. F. Cortese, *PNRR e nuovo metodo delle riforme amministrative: tra tutela dell’ambiente e competenze territoriali*, in G.P. Dolso (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 65 ss. (in part. 72 s.).

vengono ivi espressamente annoverate, in particolare, la riforma della pubblica amministrazione e quella del sistema giudiziario¹¹.

A ben vedere, l'assunto del complessivo strumentario di ripresa e resilienza¹² è che le diverse linee di investimento debbano essere necessariamente accompagnate da un insieme di riforme strutturali, alcune delle quali precipuamente volte «a migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali [...] e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività [...] e, con esse, il clima economico del Paese»¹³.

Tra queste, il PNRR reputa le riforme amministrative imprescindibili ed improcrastinabili – tanto da indicarle per prime –, ricordando altresì come tra le più recenti *Country Specific Recommendations* rivolte all'Italia dall'Unione europea permanga pur sempre, nonostante gli sforzi già compiuti negli ultimi tempi, la necessità di migliorare «il funzionamento della pubblica amministrazione»¹⁴ e la sua «efficienza [...], in particolare investendo nelle competenze dei dipendenti pubblici, accelerando la digitalizzazione e aumentando l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici locali»¹⁵.

Quattro, a tal proposito, le direttrici di azione tracciate nel Piano, ivi complessivamente indicate¹⁶ – e anche mediaticamente diffuse¹⁷ – come l'«*ABCD*»¹⁸ (ovverosia, il «nuovo alfabeto»¹⁹) della pubblica amministrazione italiana e della sua riforma:

¹¹ Nella citata *Premessa* (a firma di M. Draghi), le riforme «*di contesto*» risultano invero esser quattro: pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza. Nelle Parti I e II del PNRR, invece, viene introdotta una sorta di sotto-distinzione, per cui le seconde due (semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza) vengono poi espressamente qualificate come riforme «*abilitanti*» (si v. PNRR, II, 68 ss.). Allo stesso tempo, però, ivi si specifica come anche queste ultime appartengano alla «categoria» delle misure di contesto, ovverosia al novero di quegli interventi funzionali a garantire trasversalmente l'attuazione del Piano, e più in generale a rimuovere tutti quegli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali condizionanti – in negativo – le attività economiche e i servizi erogati agli amministrati: cfr. PNRR, II, 47. Al di là delle etichette, però, non pare vi sia dubbio alcuno sul fatto che tutte le riforme in questione sarebbero comunque in grado di migliorare le condizioni ordinamentali e, quindi, «di contesto».

¹² Ossia considerato nei suoi diversi «*strati*» (europeo e statale).

¹³ Così nel PNRR, II, 47.

¹⁴ Così, ad es., nella «Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 [...]», COM(2020) 512 *final*, 20 maggio 2020, racc. n. 4 (in <https://eur-lex.europa.eu>).

¹⁵ Così, invece, nella «Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2019 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2019 [...]», COM(2019) 512 *final*, 5 giugno 2019, racc. n. 3 (in <https://eur-lex.europa.eu>).

¹⁶ Si v. PNRR, II, 49 ss.

¹⁷ Sia in *homepage* sul sito web della Funzione pubblica (<https://www.funzionepubblica.gov.it>) che in occasione della presentazione delle linee programmatiche da parte dell'allora Ministro, Renato Brunetta, alle Commissioni riunite (Affari costituzionali e Lavoro) della Camera dei Deputati e del Senato (9 marzo 2021), si fa un ampio e convinto riferimento all'idea di un vero e proprio «*nuovo alfabeto della pubblica amministrazione*».

¹⁸ Con tutta evidenza, dalle iniziali dei quattro macro-ambiti di intervento.

¹⁹ Si v. *supra*, *sub* nt. 17.

- a) *Accesso*: «per ringiovanire il volto della PA»²⁰, attraverso la revisione (anche nell'ottica della semplificazione e della digitalizzazione) di modalità e procedure di reclutamento del personale, capaci di garantire un completo e rapido *turnover*, il ricambio generazionale e l'ingresso di nuove competenze (tecniche e digitali, ma anche delle c.d. «*soft skills*»);
- b) *Buona amministrazione*: «per rendere più efficace ed efficiente l'azione amministrativa, e ridurre tempi e costi per cittadini e imprese»²¹, attraverso (la liberalizzazione, ove possibile, o comunque) un'ampia mappatura dei vigenti regimi amministrativi di controllo delle attività private e dei relativi procedimenti²², una loro (presunta) semplificazione per tramite dell'estensione del ricorso agli istituti della segnalazione certificata di inizio attività (nel prosieguo, s.c.i.a.) e del silenzio-assenso, ed una reingegnerizzazione e digitalizzazione delle procedure²³;
- c) *Competenze*²⁴: per costruire «un'amministrazione moderna», anche attraverso la selezione, la formazione (con il potenziamento della Scuola Nazionale dell'Amministrazione e della collaborazione con le Università) e la valorizzazione delle risorse umane, e la condivisione di *best practices*, anche tramite specifiche *Learning Communities*²⁵;
- d) *Digitalizzazione*: elevata a specifica componente di una delle missioni del PNRR (MIC1 - *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA*), per colmare il non trascurabile ritardo ancora di recente rilevato sul punto, che vede l'Italia ben al di sotto della media europea²⁶ riguardo a quello che è stato condivisibilmente indicato come un «abilitatore trasversale ad ampio spettro» in relazione alle altre riforme amministrative²⁷, da realizzare tramite nuove infrastrutture digitali (si pensi al *cloud* potenzialmente unico delle pubbliche amministrazioni e all'estensione dei servizi digitali forniti a cittadini ed imprese),

²⁰ Così nel PNRR, II, 49. In verità, non si tratterebbe tanto (o soltanto) di ringiovanire, quanto di cambiare il volto della pubblica amministrazione italiana.

²¹ Così *ivi*, 51 ss.

²² In linea e a completamento di quanto già avviato con il c.d. «decreto SCIA-2» (d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222).

²³ Cfr. PNRR, II, 51 ss.

²⁴ Dove la «C», nelle linee programmatiche del Ministro *pro tempore* e sul sito della Funzione pubblica, starebbe, invece, per «*Capitale umano*».

²⁵ Cfr. PNRR, II, 53 ss.

²⁶ Si v. l'ultimo rapporto concernente il c.d. indice «*DESI*» (*Digital Economy and Society Index*) (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-digital-public-services>, e per l'Italia, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>), che colloca il nostro Paese al 18° posto nel complessivo panorama dell'Unione europea.

²⁷ Cfr. PNRR, II, 54. Sul potenziale «*effetto unificante*» della digitalizzazione, con il «passaggio dai *silos verticali* privi di interconnessioni a strutture piane di ogni punto sia agevolmente raggiungibile da ogni altro», si v., in modo assai significativo, G. Falcon, *Viaggio al centro del PNRR*, in *Le Regioni*, 2021, *Editoriale*, 715 ss. (in particolare 718 s.), peraltro già richiamato nel contributo di F. Cortese, *PNRR e nuovo metodo delle riforme amministrative*, cit., 83.

la definitiva affermazione (e concretizzazione) del principio c.d. “*once only*”²⁸ o – se si preferisce – «*una tantum*» (troppo a lungo ed ancor oggi ignorato dalle pubbliche amministrazioni, nonostante il chiaro e peraltro risalente disposto dell’art. 18, comma 2, l. n. 241/1990²⁹, ma che potrebbe finalmente trovare una qualche effettività, grazie, ad es., alla recente attivazione della Piattaforma Digitale Nazionale Dati), e – punto cruciale – lavorando sulla *cybersecurity*³⁰.

Lungo detti quattro «*assi principali*»³¹ vengono quindi individuati dal Piano – in termini talvolta generali, talaltra molto specifici – obiettivi, misure (normative, finanziarie o miste) e tempi di attuazione³².

Che non si tratti di compartimenti stagni è del tutto evidente. L’effettiva implementazione di misure previste con riguardo ad uno dei macro-ambiti di intervento sarebbe chiaramente in grado di incidere positivamente anche sugli altri³³. Si tratta, quindi, di azioni che devono correre temporalmente in parallelo tra loro e con le altre riforme che il PNRR definisce «abilitanti» (e per certi versi anch’esse «di contesto»³⁴) – quali, ad es., la semplificazione della legislazione e

²⁸ Secondo il quale «le pubbliche amministrazioni devono evitare di chiedere a cittadini ed imprese informazioni già fornite in precedenza»: così PNRR, MIC1, 88.

²⁹ Ai sensi del quale: «I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l’istruttoria del procedimento, sono acquisiti d’ufficio quando sono in possesso dell’amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni. L’amministrazione procedente può richiedere agli interessati i soli elementi necessari per la ricerca dei documenti». In argomento, a fronte delle persistenti difficoltà interne nell’effettiva attuazione di detto principio, si segnala la recente approvazione, a livello europeo, del reg. di esecuzione UE 2022/1463, il quale definisce le specifiche tecniche ed operative per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove e l’applicazione del principio «*una tantum*», a norma del reg. UE 2018/1724.

³⁰ Tra i contributi successivi all’istituzione dell’Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (con l’art. 5 del d.l. n. 82/2021, conv. in l. n. 109/2021), si vedano in particolare: F. Serini, *La nuova architettura di cybersicurezza nazionale: note a prima lettura del decreto-legge n. 82 del 2021*, in *federalismi.it*, 2022, 12, 241 ss.; L. Golisano, *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 824 ss.; L. Parona, *L’istituzione dell’Agenzia per la cybersicurezza nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 709 ss. Più in generale, sulle prospettive e sulle questioni poste dalla “via italiana” verso la digitalizzazione della pubblica amministrazione, si vedano senz’altro: F. Cardarelli, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf. e inf.*, 2015, 227 ss.; R. Cavallo Perin e D.-U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell’amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020; A. Lalli (a cura di), *L’amministrazione pubblica nell’era digitale*, Torino, 2022; L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, 2023. In argomento, si vedano, inoltre: D.-U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *federalismi.it*, n. 7/2022, 103 ss.; P.S.L. Falletta, *Le trasformazioni del diritto amministrativo nella complessità dell’ambiente digitale*, in *federalismi.it*, n. 23/2022, 121 ss.; M. Palma, *Gli algoritmi dell’amministrazione pubblica e l’amministrazione pubblica degli algoritmi*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 2, 39 ss.; S. Palumbo, *La transizione digitale della pubblica amministrazione italiana nella prospettiva europea. Considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza*, in *Dir. econ.*, 2023, 163 ss.

³¹ Così nel PNRR, II, 49.

³² Si v. *ibidem*, ove sono indicati altresì obiettivi e modalità di attuazione per ciascuno dei diversi «assi» della riforma della pubblica amministrazione.

³³ A titolo esemplificativo, è evidente come l’acquisizione di nuove competenze tramite rinnovate modalità di reclutamento agevolerebbe il processo di digitalizzazione e, con esso, il tasso di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione.

³⁴ Si v. *supra*, sub nt. 11.

la promozione della concorrenza –, così come con quelle ivi definite «settoriali» e «di accompagnamento al piano»³⁵.

Da una prospettiva globale e strategica, allora, non v'è dubbio che le risorse messe a disposizione dal *Next generation EU*, in parte a titolo di «*grants*» (sovvenzioni)³⁶ e in gran parte – è bene ricordarlo³⁷ – a titolo di «*loans*» (prestiti)³⁸, rappresentino per l'Italia «un'opportunità imperdibile» per «modernizzare la sua pubblica amministrazione»³⁹.

3. *La crisi da Covid-19, il seguente “tsunami legislativo” e le quattro “ondate di semplificazioni” (presunte, reali e potenziali) incidenti (anche) sulla l. n. 241/1990*

In ragione dello specifico obiettivo di indagine prescelto in questa sede⁴⁰, si ritiene non privo di significato evidenziare sin da subito al lettore come nel PNRR, in verità, non ricorra alcun esplicito riferimento alla l. n. 241/1990, né tantomeno sia in esso espressamente contemplato uno specifico intento legislativo di pur utile – come si dirà, è quanto si ritiene – «messa a punto»⁴¹ della disciplina sul procedimento amministrativo.

Ciononostante, già solo alla luce della sintesi, sopra proposta⁴², delle principali linee strategiche di azione indicate dal Piano per una «*riforma orizzontale*» della pubblica amministrazione, è del tutto evidente *quali e quanti* siano i punti di intersezione e contatto con detta disciplina.

In particolare, ci si imbatte quasi naturalmente in essi lungo quegli assi sopra indicati *sub B (buona amministrazione)* e *D (digitalizzazione)*, cui sono senz'altro riconducibili diverse delle disposizioni legislative introdotte da quella cospicua produzione normativa, perlopiù di genesi governativa, che ha preceduto, accompagnato e seguito l'approvazione del PNRR. Una sorta di «*tsunami legislativo*» – come già si è detto⁴³ – innescato dal Covid-19 e dalle sue conseguen-

³⁵ Cfr. PNRR, II, 82 ss.

³⁶ Per un importo di 68,88 miliardi €.

³⁷ Come merita d'essere ricordato anche il fatto che l'Italia risulti essere la «prima beneficiaria, in valore assoluto, dei due principali strumenti del *NGEU*, ossia l'*RRF* e il *REACT-EU*»: così nella già sopra citata *Premessa* al PNRR (p. 3).

³⁸ Per un importo di 122,6 miliardi €.

³⁹ Cfr. PNRR, *Premessa*, 3.

⁴⁰ Su cui si v. *supra*, § 1.

⁴¹ Così, con riguardo all'opportunità di un ben ponderato «adeguamento» anche della disciplina generale del procedimento «a fronte di trasformazioni radicali nel modo di lavorare di ogni organizzazione», B.G. Mattarella, *La legge n. 241 e la sfida dell'amministrazione digitale*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 429.

⁴² Si v. *supra*, § 2.

⁴³ Si v. *supra*, § 1.

ze ordinamentali multilivello e multisettoriali, che, tra le altre cose, ha raggiunto anche la l. n. 241/1990 e ha comunque posto le basi normative per interessarla nuovamente – se il Governo riterrà – nel prossimo futuro⁴⁴.

Gli effetti di detto “*tsunami*” anche sulla disciplina concernente il procedimento (e il provvedimento) amministrativo si sono sin qui manifestati in occasione di quattro (ravvicinate ma distinte) “*ondate legislative*” che – con previsioni molto spesso di «micro-legislazione»⁴⁵ – hanno investito vari settori dell’ordinamento⁴⁶, innestando in diversi rami della pubblica amministrazione italiana le ennesime disposizioni di semplificazione (e pseudo-semplificazione) amministrativa:

- i) quella riconducibile al c.d. “*decreto rilancio*” (decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34)⁴⁷;
- ii) quella – dall’impatto senz’altro più rilevante ai fini della presente indagine – generata dal c.d. “*decreto semplificazioni*” (decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76)⁴⁸;
- iii) quella prodotta dal c.d. “*decreto semplificazioni-bis*” (decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77)⁴⁹;
- iv) e, infine, quella – allo stato solo potenziale – che potrebbe derivare dall’attuazione di una delle (tante) deleghe legislative conferite al Governo a mezzo della legge “annuale” per il mercato e la concorrenza approvata nel 2022⁵⁰.

A seguire, allora, si proverà ad offrire al lettore un quadro sintetico (ma allo stesso tempo completo) delle modifiche e degli effetti di dette “*ondate*” sulla l. n. 241/1990, allo scopo di individuare – successivamente⁵¹ – le ‘*declinazioni valoriali*’ assunte dalla semplificazione nelle più recenti tendenze legislative sul procedimento amministrativo.

⁴⁴ Il riferimento è da intendersi, in particolare, a quella disposizione di delega legislativa di cui all’art. 26, commi 1-3 e 8, della legge 5 agosto 2022, n. 118 (legge “annuale” per la concorrenza), su cui si v. *infra*, § 3.4.

⁴⁵ Cfr. B. Cimino, *Procedimenti e organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 610. Sulla sempre più marcata tendenza ad «amministrare per legge», si v. ancora S. Cassese, *Amministrare la Nazione*, cit., 63 ss. e *passim*.

⁴⁶ Cfr. M. Macchia, *Lo strumentario giuridico per le misure di rilancio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 615 ss., in particolare ove l’A. significativamente osserva: «Quasi non c’è provincia del diritto amministrativo che non sia interessata da una tale “cascata” di disposizioni che – proprio seguendo la metafora – a causa del dislivello precipita (invece di scorrere) verso l’amministrazione e la sua burocrazia» (*ivi*, 616).

⁴⁷ Recante «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all’economia, nonché di politiche sociali connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19», e convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77.

⁴⁸ Recante «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale», e convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

⁴⁹ Recante «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», e convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108.

⁵⁰ Trattasi della già citata (si v. *supra*, nt. 44) l. n. 118/2022.

⁵¹ Si v. *infra*, § 4.

3.1. (Segue) *La legislazione emergenziale e il c.d. “decreto rilancio” (d.l. n. 34/2020)*

Con il d.l. n. 34/2020 (c.d. “*decreto rilancio*”) e le diverse misure sanitarie, economiche e sociali in esso previste, il legislatore ha anzitutto provato a fronteggiare sul piano normativo e finanziario la complessiva e complessa situazione emergenziale determinata dalla prima ondata dell’epidemia da Covid-19⁵².

In esso, e in particolare nel suo Capo XIII⁵³, non sono mancate previsioni incidenti, (quasi tutte) in via solo derogatoria e transitoria⁵⁴, anche sulla l. n. 241/1990.

A tal proposito, con il dichiarato obiettivo di garantire la «massima semplificazione», l’«accelerazione dei procedimenti amministrativi» e la «rimozione di ogni ostacolo burocratico» nella vita dei cittadini e delle imprese in relazione all’emergenza sanitaria⁵⁵, il legislatore si è preoccupato di introdurre una disciplina volta ad immettere temporaneamente nel sistema – tra le altre cose⁵⁶ – anche taluni elementi di novità con riguardo alle c.d. “*autocertificazioni*”, ai poteri di “*autotutela*”⁵⁷ e alle *decisioni pluristrutturate*.

Più nel dettaglio, con diverse disposizioni aventi un’efficacia limitata al 31 dicembre 2020 e tutte concentrate nell’art. 264, co. 1, del c.d. “*decreto rilancio*”, il legislatore ha sancito, per quanto qui più di interesse:

a) un ampliamento – almeno per certi versi *innaturale* e, come sin da subito ben evidenziato, non senza “*trappole*” (peraltro non transitorie)⁵⁸ – dell’ambito di

⁵² Si coglie qui l’occasione per sottolineare come il “*decreto rilancio*” sia stato preceduto, in particolare, da due altri decreti-legge che, rispetto al tema della presente indagine, hanno una qualche rilevanza solo per aver disposto, e poi prorogato, la sospensione dei termini di conclusione dei procedimenti e di efficacia di atti e provvedimenti amministrativi: si vedano, a tal riguardo, l’art. 103, decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, e l’art. 37, decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23. Sul primo di essi si v. in particolare 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 d.l. n. 18 del 2020, in federalismi.it*, 2020, Osservatorio Emergenza Covid-19, 2 ss.

⁵³ Dedicato alle «Misure urgenti di semplificazione per il periodo di emergenza Covid-19».

⁵⁴ Si tenga tuttavia conto del fatto che il legislatore avrebbe poi stabilizzato almeno uno dei contenuti dell’art. 264, co. 1, del “*decreto rilancio*” (si v. a tal riguardo, infatti, la disposizione di cui all’art. 18, comma 3-bis, l. n. 241/1990, ivi posta dalla successiva “*ondata legislativa*”, su cui *infra*, § 3.2), e che le non trascurabili modifiche agli artt. 71, 75 e 76 del d.P.R. n. 445/2000 (ex art. 264, co. 2), sono state introdotte sin da subito, dal legislatore dell’emergenza, “*a tempo indeterminato*”: sul punto si v. *infra*, nel testo del presente paragrafo e *sub* nt. 58.

⁵⁵ Cfr. art. 264, co. 1, d.l. n. 34/2020.

⁵⁶ Non ci si soffermerà in questa sede, ad es., anche sulle ivi contenute “*semplificazioni*” in materia edilizia (art. 264, co. 1, lett. f), d.l. n. 34/2020), su si v. P. Otranto, *In tema di normazione ad effetto incerto. Dalla “cura” al “rilancio”: legislazione dell’emergenza e disciplina dell’attività edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, II, 397 ss. (in part. § 9); G. Guzzardo, *Semplificazione e mercato in edilizia nella legislazione emergenziale*, in *Amm. In Comm.*, 2020; e ancora B. Cimino, *Procedimenti e organizzazione della pubblica amministrazione*, cit., 614. In argomento, si v. anche TAR Campania, Salerno, sez. II, 29 luglio 2021, n. 1844 (in *www.giustizia-amministrativa.it*).

⁵⁷ Sull’autotutela come «nozione piuttosto discussa e dai limiti incerti», si v., in particolare, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, 2017, 621-623.

⁵⁸ Così M.A. Sandulli, *La “trappola” dell’art. 264 del d.l. 34/2020 (“decreto Rilancio”) per le autodichiarazioni. Le sanzioni “nascoste*”, in *www.giustiziainsieme.it*, 2020, in part. §§ 2 ss., in particolare a proposito del-

- applicazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà⁵⁹, le quali, nei procedimenti amministrativi volti all'erogazione pubblica di benefici economici comunque denominati e concessi in relazione all'emergenza da Covid-19, si sono viste riconoscere *ex lege*⁶⁰ la capacità di sostituire «ogni tipo di documentazione comprovante tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento, anche in deroga ai limiti previsti dagli stessi o dalla normativa di settore, fatto comunque salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione»⁶¹;
- b) una (ulteriore) limitazione⁶² del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi illegittimi adottati in relazione all'emergenza da Covid-19, tramite una disposizione che, in deroga (temporanea) all'art. 21-*nonies*, co. 1, l. n. 241/1990, andava a restringere la finestra temporale per l'attivazione del potere di secondo grado a soli «tre mesi» dall'adozione del provvedimento illegittimo o dalla illegittima formazione del silenzio-assenso⁶³;
- c) una consequenziale ed (ovviamente) uguale delimitazione temporale dei poteri attivati *ex art.* 19, co. 4, l. n. 241/1990, per il caso di attività avviate, in relazione all'emergenza da Covid-19, previa presentazione di una s.c.i.a., ma *contra legem*⁶⁴;
- d) l'attivabilità del potere di revoca (degli effetti) dei provvedimenti di erogazione di benefici economici concessi per far fronte all'emergenza da Covid-19, in (parziale) deroga all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, «solo per eccezionali ragioni di interesse pubblico sopravvenute»⁶⁵;
- e) un ridondante, mal formulato e (almeno rispetto ad altre previsioni generali della l. proc. amm.) disarmonico obbligo, in capo al responsabile del procedimento, di adozione del provvedimento conclusivo entro trenta giorni dall'eventuale formarsi del silenzio-assenso, nei procedimenti volti alla formazione di una *decisione pluristrutturata* (artt. 14-*bis*, co. 4 e 5, 14-*ter*, co. 7, e 17-*bis*, co. 2, l. n. 241/1990)⁶⁶.

le modifiche, in questo caso «a tempo indeterminato», in quell'occasione apportate agli artt. 75 e 76, d.P.R. n. 445/2000: si v. *infra*, § 4 e *sub nt.* 137 e 138.

⁵⁹ Di cui, rispettivamente, agli artt. 46 e 47, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

⁶⁰ Con una disposizione che (di lì a poco) sarebbe stata ripresa, stabilizzata ed ampliata in occasione delle modifiche apportate all'art. 18, l. n. 241/1990, dal «decreto semplificazioni»: si v. *infra*, § 3.2.

⁶¹ Cfr. art. 264, co. 1, lett. a), d.l. n. 34/2020.

⁶² In un certo senso più apparente che reale, per le ragioni già evidenziate in altra sede a proposito delle modifiche che hanno investito l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, in occasione della c.d. «riforma Madia» del 2015 e delle successive interpretazioni giurisprudenziali del nuovo dato di diritto positivo allora introdotto: sul punto sia pertanto consentito rinviare a C.P. Santacroce, *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle "briglie" del legislatore*, in *federalismi.it*, n. 21/2018, in part. §§ 5-7.

⁶³ Cfr. art. 264, co. 1, lett. b), d.l. n. 34/2020.

⁶⁴ Cfr. art. 264, co. 1, lett. c), d.l. n. 34/2020.

⁶⁵ Cfr. art. 264, co. 1, lett. d), d.l. n. 34/2020.

⁶⁶ Cfr. art. 264, co. 1, lett. e), d.l. n. 34/2020.

3.2. (Segue) *Il c.d. “decreto semplificazioni” (d.l. n. 76/2020)*

Il successivo “*decreto semplificazioni*” (d.l. n. 76/2020) avrebbe poi dato al legislatore l’occasione per introdurre – immediatamente o in sede di sua conversione (con l. n. 120/2020) – diverse modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo.

L’intento generale di «semplificazione»⁶⁷ è stato perseguito mediante una pluralità di innesti normativi, ritenuti – *in primis* dal Governo – in grado di garantire una «maggiore certezza e speditezza dell’azione amministrativa»⁶⁸.

Questa seconda “*ondata*” di semplificazioni del 2020 ha toccato più d’una disposizione dell’ormai trentennale tessuto normativo della legge sul procedimento⁶⁹, introducendo puntuali «correttivi e aggiustamenti»⁷⁰ con l’intento – espresso – di rafforzare alcuni istituti già contemplati dalla l. n. 241/1990, rispetto ai quali si erano nel tempo registrate indubbie complicazioni e criticità sul piano applicativo⁷¹.

Tuttavia, come già ben detto in dottrina e ricordato in altra sede, di certo non sono mancate previsioni legislative di «nuovo conio»⁷².

Le disposizioni in argomento, di maggior o minor interesse sul piano scientifico in ragione delle questioni teoriche ad esse sottese, sono state concentrate tutte (o quasi) nell’art. 12 del d.l. n. 76/2020⁷³.

Complessivamente e per punti, seguendo la struttura della legge sul procedimento, il legislatore del “*decreto semplificazioni*” (d.l. n. 76/2020) e della legge di sua conversione (l. n. 120/2020) si è preoccupato, in particolare:

⁶⁷ Si v., sul punto, il *Dossier* n. 275/1 - Vol. I (6 settembre 2020), del Servizio Studi del Senato e della Camera dei deputati (XVIII leg.), 217.

⁶⁸ Così nella *relazione illustrativa* al disegno di legge di conversione del d.l. n. 76/2020 (A.S. 1883 - XVIII leg., disponibile sul sito web istituzionale www.senato.it), 31.

⁶⁹ Si v. A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent’anni dopo*, cit.

⁷⁰ Così nel già citato *Dossier* n. 275/1, 218.

⁷¹ Cfr. *ibidem*.

⁷² Si v. F. Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *federalismi.it*, n. 33/2020, 34 e 44, e – se si vuole – C.P. Santacroce, *Sull’inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell’art. 2, comma 8-bis, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 56.

⁷³ Significativamente rubricato, per l’appunto, «Modifiche alla legge 7 agosto 1990, n. 241». Va tuttavia ricordato come nel “*decreto semplificazioni*” del 2020, invero, non manchino ulteriori disposizioni aventi un impatto immediato sulla disciplina del procedimento anche al di fuori dei confini del citato art. 12. Il riferimento va, in particolare, al suo art. 13, volto ad introdurre una disciplina di deroga “*a tempo*” all’assetto ordinario scaturente dagli artt. 14 ss. della l. n. 241/1990, con una successiva proroga al 30 giugno 2023 del termine ivi previsto per un ricorso “*straordinario*” alla conferenza di servizi semplificata. Ma un analogo discorso può esser fatto anche con riguardo all’art. 15, recanti norme sull’agenda per la semplificazione, con contenuti poi ripresi (come si dirà: si v. *infra*, § 3.4) nella legge per la concorrenza del 2022, e in quella occasione rimessi ad un eventuale, futuro esercizio della (già richiamata) delega di cui al suo art. 26.

- a) di dare veste legislativa, ed autonoma rilevanza, ai principi di «*collaborazione*» e «*buona fede*» nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione⁷⁴;
- b) di integrare la disciplina sul termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 2, l. n. 241 del 1990, aggiungendo ad esso due ulteriori commi (4-*bis* e 8-*bis*): il primo, invero dal contenuto solo in parte innovativo, volto a ribadire e specificare l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di misurare e render pubblici, attraverso la sezione «Amministrazione trasparente» dei rispettivi siti *web* istituzionali, «i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto per i cittadini e per le imprese, comparandoli con i termini previsti dalla normativa vigente»⁷⁵; il secondo, di ben altro impatto ed interesse anche sul piano dogmatico, diretto a colpire con una sanzione di «inefficacia *ex lege*» (o almeno – e nonostante le diverse, anche assai autorevoli interpretazioni della disposizione⁷⁶ – è quanto si ritiene abbia fatto il legislatore⁷⁷) qualsivoglia determinazione tardiva adottata dalle pubbliche amministrazioni nelle fattispecie di semplificazione e di sostituzione provvedimentale di cui agli artt. 14-*bis*, 14-*ter*, 17-*bis*, 19 e 20, l. proc. amm.;

⁷⁴ In argomento, si v. il denso saggio di A. Bartolini, S. Fantini, *I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 12 ss. Si v., inoltre, G. Marletta, *I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*, in *federalismi.it*, 2022, 49, 49 ss.

⁷⁵ Su tale disposizione, si vedano M. Ramajoli, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 38 ss. (in part. 40 s.), e S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e «sorte» dell'atto tardivo*, in *Dir. econ.*, 2020, 337 ss. (in part. 341 s.), e – se si vuole – C.P. Santacroce, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive*, cit., 56 ss. (ossia, integralmente, il § 3).

⁷⁶ Si vedano, in ordine cronologico di pubblicazione: M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge «Semplificazioni»*, in *Forum di Quad. Cost.*, 3, 2020, 173 ss. (*Testo rielaborato dell'audizione informale presso gli Uffici di Presidenza riuniti delle Commissioni prima e ottava del Senato della Repubblica sul disegno di legge n. 1883 (d.-l. 76/2020 - semplificazioni, tenutasi mercoledì 29 luglio 2020)* (disponibile in: www.forumcostituzionale.it); M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476)*, in www.giustizia-insieme.it; F. Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 36 ss.; S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo*, cit., 342 ss.; M. Macchia, *Le misure generali*, cit., 730 ss.; M. Calabrò, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in www.ambientdiritto.it, fasc. 1/2021; G. Corso, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 9 ss. (in part. 15 s.); B. Verzico, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali*, in *Pers. Amm.*, 2021, 153 ss. (spec. 156 ss.); F. Armenante, *La sanzionabilità del ritardo dell'azione amministrativa nei recenti approdi normativi e giurisprudenziali*, in *Amministrativamente*, 2021, 434 ss.; M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, relazione al Convegno «*Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*», tenutosi il 1° aprile 2022 a Palazzo Spada (Aula Pompeo), pubblicata il 1° maggio 2022 sul sito *web* del Consiglio di Stato (www.giustizia-amministrativa.it) (sul nuovo comma 8-*bis*, si v. in part. 7 ss.), nonché in *Il processo*, 2022, 11 ss.; L. Golisano, *L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*, in *federalismi.it*, 2023, 4, 40 ss.

⁷⁷ Sul punto, sia consentito il rinvio integrale a C.P. Santacroce, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive*, cit.

- c) di modificare, peraltro in linea con il Codice dell'amministrazione digitale⁷⁸, l'art. 3-*bis*, l. n. 241/1990, per rendere ordinario e strutturale il ricorso agli «*strumenti informatici e telematici*» nell'azione amministrativa, conseguentemente aggiornando, con integrazioni volte a conferire maggiore effettività ad un «*dialogo telematico*» tra pubblica amministrazione e amministratori, diverse disposizioni concernenti la partecipazione procedimentale, quali, in particolare, l'art. 5 (con un nuovo riferimento al «*domicilio digitale*» del responsabile del procedimento), e l'art. 8 (in merito ai contenuti della comunicazione di avvio del procedimento relativi al domicilio digitale, al fascicolo informatico e alla consequenziale possibilità – ove del caso – dell'esercizio di un diritto di accesso telematico agli atti del procedimento);
- d) di innovare la disciplina della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, di cui all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, al duplice fine di sancirne l'effetto solo *sospensivo* sul termine di conclusione del procedimento, e di assegnare all'istituto anche un rafforzato «effetto preclusivo procedimental-sostanziale»⁷⁹, volto ad indurre l'amministrazione a «scoprire le carte»⁸⁰, tendendo a concentrare le ragioni ostative rispetto all'istanza del privato, con una sorta di trasposizione sul piano procedimentale della regola del c.d. «*one shot temperato*» di elaborazione giurisprudenziale⁸¹, allo stesso tempo neutralizzando, con una contestuale modifica additiva dell'art. 21-*octies*, co. 2 (secondo periodo), l. n. 241/1990, quel parallelismo emerso in sede giurisprudenziale, che aveva portato alla possibile dequotazione del

⁷⁸ Cfr. M. Leggio, *Diritto alla digitalizzazione e procedimento amministrativo. Rimedi e tutele per un'amministrazione onlife*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 82 ss. Sull'art. 3-*bis* della legge sul procedimento, si v. F. Cardarelli, *Uso della telematica (commento all'art. 3-bis)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*², Milano, 2017, 509 ss.

⁷⁹ Così, in modo significativo, P. Chirulli, *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza dopo i "decreti semplificazioni"*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 104 ss. (in part. 105). Sulle modifiche introdotte nel 2020 all'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, si vedano anche: F. Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 39 ss.; M. Clarich, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *PA*, 2022, 33 ss.; N. Paolantonio, *Osservazioni sulla preclusione procedimentale al riesercizio del potere*, in *Dir. econ.*, n. 3/2022, 11 ss.; M.R. Spasiano, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. econ.*, 2021, 2, 25 ss.; M. Trimarchi, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in G. Corso, F.G. Scoica, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, vol. IV, Napoli, 2022, 3727 ss.; M. Ricciardo Calderaro, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *federalismi.it*, 2022, 11, 126 ss.

⁸⁰ Così, significativamente, F. Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 39.

⁸¹ Tra le più recenti applicazioni, si v.: Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2080, ove il giudice amministrativo ha colto l'occasione per sottolineare come detto principio sia volto ad impedire «*il ping pong all'infinito tra giustizia amministrativa e P.A.*», e Cons. St., sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480, ove s'è ricordato che tale principio è emerso e si è consolidato nella giurisprudenza amministrativa «*per evitare che l'amministrazione possa riprovvedere per un numero infinito di volte ad ogni annullamento in sede giurisdizionale*», e che quindi stia in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di riesaminare una seconda volta «*l'affare nella sua interezza*, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione (per l'avvenire, e, in sostanza, per una terza volta) di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato» (cors. agg.) (entrambe le pronunce citate sono naturalmente consultabili per intero in www.giustizia-amministrativa.it).

- vizio consistente nell'omesso "preavviso di rigetto", al pari dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento, anche per il caso di connotazione in senso discrezionale del potere amministrativo esercitato;
- e) di apportare, in questo caso per sottrazione, alcune modifiche chirurgiche alla disciplina di cui all'art. 16, l. proc. amm., per sancire l'obbligo in capo all'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere, per il caso di inerzia dell'amministrazione titolare della funzione consultiva, anche allorquando il parere sia configurato come obbligatorio (e non più soltanto, dunque, in caso di parere facoltativo), sempre ferma restando, però, l'eccezione di cui all'art. 16, co. 3, relativa all'inapplicabilità di detta regola ai casi in cui il parere debba essere richiesto a (e rilasciato da) amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini⁸²;
- f) di modificare l'art. 17-*bis*, l. n. 241/1990, come pure la sua rubrica, rendendo applicabile la regola del silenzio-assenso tra amministrazioni anche agli atti normativi e amministrativi per i quali sia prevista la proposta di un'amministrazione diversa da quella competente all'adozione dell'atto⁸³;
- g) di stabilizzare la disposizione sulle "autocertificazioni" già temporaneamente immessa nell'ordinamento a mezzo dell'art. 264 del c.d. "decreto rilancio"⁸⁴, peraltro ampliandone in modo non trascurabile l'ambito di applicazione, riferendosi espressamente il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 18, l. n. 241/1990, non solo ai provvedimenti, comunque denominati, di erogazione di benefici economici, bensì anche alle «autorizzazioni amministrative».
- h) di ampliare il capo IV-*bis* della l. n. 241/1990, introducendo – con una collocazione per certi versi anomala ed una non semplice delimitazione del relativo ambito di applicazione – il nuovo art. 21-*decies*, volto a sancire la regola per cui, nel caso di annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo per «vizi inerenti ad atti endoprocedimentali», il potere possa essere riesercitato, su istanza del soggetto proponente, tramite un «procedimento semplificato»⁸⁵;
- i) di conferire una (pretesa) maggior forza alla norma sull'obbligo di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti in quella stessa occasione introdotta nella legge sul procedimento, mediante una sua espressa

⁸² Cfr., in argomento, C. Videtta, *La riforma dell'art. 16 della l. n. 241/1990 nel d.l. n. 76/2020: verso la definitiva dequotazione della funzione consultiva all'interno del procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 116 ss.

⁸³ Si v., in argomento, P. Marzaro, *Silenzio assenso tra amministrazioni, ovvero della (insostenibile) leggerezza degli interessi sensibili (a proposito di principi, giudici e legislatori...)*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 432 ss. (in part. 441 ss.).

⁸⁴ Si v. *supra*, § 3.1.

⁸⁵ Si v., in argomento, C.E. Gallo, *La riemissione del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-insieme.it*, 2021.

- auto-qualificazione legislativa in termini di disposizione attinente ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Costituzione;
- l) di imporre in capo alle amministrazioni un obbligo di verifica e rideterminazione riduttiva dei termini di conclusione dei procedimenti di rispettiva competenza, già fissati in forza del potere normativo di cui all'art. 2, l. proc. amm.

3.3. (Segue) *Il c.d. “decreto semplificazioni-bis” (d.l. n. 77/2021)*

Trasmesso alla Commissione europea il PNRR (30 aprile 2021), il Governo italiano si sarebbe sin da subito preoccupato di accompagnarne la sua *governance* attraverso un apposito decreto-legge, che sarebbe stato denominato “*decreto semplificazioni-bis*” (d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021).

Con esso è stato definito il «quadro normativo» per la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal PNRR, oltre che dal Piano nazionale complementare (PNC) e dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC).

In particolare, il provvedimento è stato articolato in due parti, attraverso le quali il legislatore ha introdotto misure sia organizzative⁸⁶ che di semplificazione procedimentale, al fine di una «sollecita e puntuale realizzazione degli interventi» inclusi nel complessivo strumento programmatico di ripresa e resilienza⁸⁷.

In tale contesto il Governo ha ritenuto utile apportare ulteriori novelle anche alla l. n. 241/1990⁸⁸.

Con l'art. 61 del “*decreto semplificazioni-bis*” è stato modificato, per l'ennesima volta, l'art. 2, l. proc. amm., cui sono stati apportati due «correttivi»⁸⁹ volti a rafforzare – almeno nelle intenzioni del legislatore – i poteri sostitutivi per il caso di inerzia amministrativa.

A tal fine, e fermi restando i criteri suppletivi di individuazione *ex lege* del titolare di detto potere, da un lato è stato previsto, con un'integrazione del comma 9-*bis*, che l'organo di governo possa individuare il titolare del potere sostitutivo non soltanto in un soggetto scelto tra «le figure apicali dell'amministrazione»,

⁸⁶ Sulle quali si v. in particolare G. Sciuillo, *La Governance del PNRR: profili organizzativi*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 716 ss.

⁸⁷ In modo significativo, definisce il PNRR «un atto di non ben definita natura», G. Severini, *La “transizione” come ordinamento giuridico*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2022, con diversi riferimenti bibliografici sulla natura del PNRR. In argomento si vedano anche: E. Picozza, “*The Next Generation EU*: un passo decisivo verso l'unificazione europea”, in *DPA*, 2022, 315 ss.; M. Dugato, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus*, 2022, 1 ss.; M. Cecchetti, *L'incidenza del PNRR sui livelli territoriali di governo e le conseguenze nei sistemi amministrativi*, in *Riv. AIC*, 2022, 281 ss.; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 2022, 1 (Editoriale), IV ss.

⁸⁸ Cfr., in particolare, il Tit. VI, Parte II, d.l. n. 77/2021.

⁸⁹ Così nel *Dossier* (26 luglio 2021), vol. II, Servizio Studi Senato (in *www.senato.it*), con riguardo al disegno di legge di conversione del “*decreto semplificazioni-bis*” (A.S. 2332 - XVIII leg.), 265.

bensì anche in «un'unità organizzativa». Dall'altro, è stato modificato anche il comma 9-ter, con la previsione in ordine all'attivabilità anche «d'ufficio» del potere sostitutivo in caso di inerzia, onde poi giungere alla conclusione del procedimento tramite le strutture amministrative competenti o apposito commissario – così come già prima previsto dalla l. proc. amm. – entro un termine pari alla metà rispetto a quello originariamente previsto.

Nella stessa occasione il legislatore ha apportato una modifica integrativa anche all'art. 20, l. n. 241/1990, in ordine all'istituto del silenzio-assenso.

Essa, in realtà, riprende almeno in parte una previsione già introdotta col precedente “*decreto semplificazioni*” del 2020 con riguardo al solo ambito edilizio⁹⁰, allorquando era stato immesso nell'art. 20, co. 8, T.U. edilizia (d.P.R. n. 380/2001) un ulteriore periodo volto a costituire in capo allo sportello unico per l'edilizia l'obbligo di rilasciare «[...] anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento [...]» (di rilascio/diniego del permesso di costruire). Con l'art. 62, d.l. n. 77/2021, detta previsione di «cartolarizzazione»⁹¹ della formazione del silenzio-assenso è stata generalizzata, onde consentire «la piena operatività e il rafforzamento dell'efficacia del silenzio assenso»⁹². Il legislatore, infatti, ha in quell'occasione aggiunto all'art. 20, l. proc. amm., un comma 2-bis, il quale dispone che il soggetto istante (o, naturalmente, un suo avente causa) è in facoltà di richiedere all'amministrazione rimasta silenziosa un'attestazione telematica «circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda [...]», che l'amministrazione è tenuta a rilasciare entro dieci giorni dalla richiesta e che in mancanza il privato potrà sostituire con una dichiarazione resa ai sensi dell'art. 47, Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000).

L'ultima modifica apportata con questa terza “*ondata di semplificazioni*” alla l. n. 241/1990 ha avuto ad oggetto l'area dell'autotutela amministrativa e, in particolare, il potere di annullamento d'ufficio⁹³.

Con l'espreso intento di «consentire un più efficace bilanciamento tra la tutela del legittimo affidamento del privato interessato e l'interesse pubblico»⁹⁴, infatti, il legislatore ha ritenuto utile tornare nuovamente sull'art. 21-*nonies*, l. proc. amm.,

⁹⁰ Trattasi di un'integrazione disposta a mezzo dell'art. 10 (*Semplificazioni e altre misure in materia edilizia*), co. 1, lett. i), d.l. n. 76/2020.

⁹¹ Così M. Ramajoli, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., 49.

⁹² In questi termini nella *relazione illustrativa* del Governo in sede di presentazione del d.d.l. di conversione in legge (A.S. 2332 – XVIII leg.) del “*decreto semplificazioni-bis*” (l'affermazione sopra riportata nel testo del paragrafo è a p. 60).

⁹³ Cfr. M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss.

⁹⁴ Così *ibidem*.

riducendo il termine massimo per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici, da diciotto a «*dodici mesi*»⁹⁵.

Peraltro, va segnalato che, nel novellare detta disposizione, il legislatore si è dimenticato di modificare coerentemente anche l'art. 2, co. 4, d.lgs. n. 222/2016 (c.d. «*decreto SCIA-2*»). Una mera dimenticanza, evidentemente (di facile risoluzione attraverso una lettura attualizzante della disposizione e del rinvio), la quale tuttavia non meraviglia affatto se solo si consideri che, in quella stessa occasione, il legislatore ha dimenticato di modificare anche il comma *2-bis* dello stesso art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, poi risolvendo l'incongruenza solo in sede di conversione del decreto.

3.4. (Segue) *La legge “annuale” per il mercato e la concorrenza (l. n. 118/2022) e la delega, ivi prevista (art. 26), per l'individuazione dei nuovi regimi amministrativi di controllo delle attività private e per la semplificazione e reingegnerizzazione in digitale delle procedure amministrative*

V'è, infine (almeno per il momento), un'ulteriore tappa legislativa che, nel prossimo futuro, potrebbe generare un'ondata senz'altro capace di infrangersi, una volta ancora, sulla disciplina “generale” del procedimento amministrativo.

La l. n. 118/2022 (c.d. legge “annuale” per il mercato e la concorrenza 2021), infatti, «al fine di stimolare il dinamismo concorrenziale», contiene – tra le altre cose⁹⁶ – anche una delega al Governo per l'approvazione di una normativa volta alla «ricognizione», «semplificazione» e «individuazione» dei regimi amministrativi delle attività private, nonché alla «semplificazione» e «reingegnerizzazione» dei procedimenti amministrativi, anche attraverso una loro completa digitalizzazione⁹⁷.

Così, con uno o più decreti delegati e – salvo proroga⁹⁸ – entro il 27 agosto 2024, il Governo potrà, in un certo senso, completare quell'attività legislativa di mappatura e tipizzazione delle attività private e dei rispettivi regimi amministrativi di controllo, come ben noto già iniziata, in attuazione di una delle deleghe contenute nella c.d. “legge Madia” (l. n. 124/2015), con il c.d. “decreto SCIA-2” (d.lgs.

⁹⁵ Sulle (ennesime) modifiche all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, si v. Id., *Novità (circoscritte) in tema di autotutela decisoria e tutela dell'affidamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 148 ss.

⁹⁶ In argomento, si v. l'editoriale di A. Moliterni, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza al tempo del PNRR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 581 ss.

⁹⁷ Cfr. art. 26, co. 1, l. n. 118/2022.

⁹⁸ Che, ad es., è già stata disposta con riguardo all'altra delega contenuta nello stesso art. 26, l. n. 118/2022, concernente la (quantomai necessaria) attività legislativa di «semplificazione», «riordino», «razionalizzazione» e «adeguamento» della vigente normativa in materia di fonti energetiche rinnovabili. La l. n. 24 febbraio 2023, n. 14, di conversione del c.d. “*milleproroghe*” del 2022 (d.l. 29 dicembre 2022, n. 198), ha in verità ampliato la finestra temporale per l'esercizio della delega, trasformandola dagli originari «*dodici*» agli attuali «*sedici mesi*» dall'entrata in vigore della l. n. 118/2022 (27 agosto 2022): cfr. art. 26, co. 4, l. n. 118/2022.

n. 222/2016) e la sua «tabella A»⁹⁹, di cui peraltro, per espressa previsione contenuta nella nuova norma di delega¹⁰⁰, il legislatore delegato dovrà tener conto.

La disposizione è chiaramente finalizzata a porre le basi normative per il raggiungimento di alcuni degli obiettivi specifici indicati dal (e l'adempimento di alcuni degli impegni assunti a mezzo del) PNRR con riguardo a quell'asse principale della «riforma orizzontale» della p.A. denominato «Buona amministrazione» e di cui già s'è detto¹⁰¹.

Il Governo è stato così investito del compito di realizzare una (complessa) attività di ricognizione dei diversi regimi amministrativi cui risultano assoggettate le attività private, al fine sia di (provare a) fare ordine e dare certezze ai privati (e, in particolare, agli operatori economici) sia – e *in primis* – di snellire, ove possibile, l'intervento pubblico sulla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., eliminando le autorizzazioni e gli adempimenti ritenuti non necessari – e, quindi, inutilmente restrittivi di detta libertà –, allorché questi non siano giustificati da «*motivi imperativi di interesse generale*», non siano imposti dal diritto dell'Unione europea o non risultino posti a presidio di «*principi e interessi costituzionalmente rilevanti*».

L'opera di puntuale individuazione e definizione degli ambiti di applicazione del regime autorizzatorio e dei regimi semplificati di controllo pubblico delle attività private (di cui agli artt. 19, 19-*bis* e 20, l. n. 241/1990), dovrebbe altresì passare, in forza dei principi e criteri direttivi rinvenibili nell'art. 26, co. 1 e 2, l. n. 118/2022, per la più ampia estensione del principio di liberalizzazione ed il conseguente ampliamento del novero delle attività esercitabili liberamente, ovvero senza necessità di alcun adempimento, inclusa la mera comunicazione¹⁰², rispetto alla quale, peraltro, il legislatore sembrerebbe altresì chiedere che vengano meglio specificati quali siano gli effetti della sua presentazione nonché i poteri esercitabili dalla pubblica amministrazione in fase di controllo¹⁰³.

Ai fini della presente indagine, però, ciò che qui più interessa rilevare è che il legislatore abbia preventivato, e pertanto fatto rientrare appieno nei confini della delega, anche una possibile modifica della «disciplina generale delle attività private non soggette ad autorizzazione espressa, di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241»¹⁰⁴.

Così come di altrettanto interesse ai fini della riflessione qui condotta risulta essere anche quel criterio direttivo che, con riguardo ai procedimenti amministrativi concernenti le autorizzazioni e le ipotesi di sostituzione provvedimentoale «*non eli-*

⁹⁹ In argomento si v. B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna, 2017, in part. cap. III, e Id., Si v. anche E. Giardino, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 26 ss.

¹⁰⁰ Cfr. art. 26, co. 1 (secondo periodo), l. n. 118/2022.

¹⁰¹ Si v. *supra*, § 2, e PNRR, II, 51 ss.

¹⁰² Cfr. art. 26, co. 2, lett. e), l. n. 118/2022.

¹⁰³ Cfr. art. 26, co. 2, lett. b), l. n. 118/2022.

¹⁰⁴ Cfr. art. 26, co. 1 (secondo periodo), l. n. 118/2022.

minabili” sulla base dei parametri già sopra ricordati e secondo i pur richiamati e più generali principi di ragionevolezza e proporzionalità¹⁰⁵, dovrebbe condurre il legislatore delegato a lasciarsi comunque ispirare dal principio della più ampia semplificazione amministrativa (almeno secondo l’accezione del legislatore), «in modo da ridurre il numero delle fasi procedurali e delle amministrazioni coinvolte, [...] razionalizzando le competenze degli uffici, accorpando le funzioni per settori omogenei e individuando discipline e tempi uniformi per tipologie omogenee di procedimenti»¹⁰⁶.

Allo stesso tempo, il Governo è altresì chiamato ad una semplificazione e reingegnerizzazione delle procedure per una loro completa digitalizzazione, oltre che per una maggiore efficienza e celerità, anche onde consentirne una loro «*tracciabilità digitale*»¹⁰⁷. Così come è pure previsto, sempre in un’ottica di accelerazione, che la disciplina delegata ridefinisca i termini di conclusione dei procedimenti amministrativi, «*dimezzandone la durata*»¹⁰⁸, e comunque pervenga ad una rideterminazione in senso riduttivo dei termini procedurali quantomeno con riguardo ai «*procedimenti autorizzatori per l’avvio dell’attività di impresa*»¹⁰⁹.

4. *La legge sul procedimento e le ‘declinazioni valoriali’ della semplificazione ai tempi del PNRR: un quadro di sintesi*

Il riepilogo, sopra proposto¹¹⁰, dei frammenti normativi che nell’ultimo triennio hanno interessato la l. n. 241/1990, sembrerebbe già sufficiente a dar conto sia della loro marcata *eterogeneità* sia – salvo alcune eccezioni – della portata spesso volte solo “*chirurgica*” delle modifiche ivi introdotte¹¹¹.

Ciononostante, un’opera di loro riordino e raggruppamento in ragione delle finalità perseguite dal legislatore e del conseguente precipitato normativo, consente, sul piano teorico, di scorgere sullo sfondo, in modo sufficientemente chiaro, almeno alcune delle principali ed interconnesse ‘*declinazioni valoriali*’ assunte dal principio di semplificazione¹¹² nelle novelle alla disciplina “generale” sul pro-

¹⁰⁵ Così nell’*incipit* del co. 2, art. 26, l. n. 118/2022.

¹⁰⁶ Così l’art. 26, co. 2, lett. *d*), l. n. 118/2022.

¹⁰⁷ Cfr. art. 26, co. 2, lett. *f* e *l*), l. n. 118/2022.

¹⁰⁸ Ferma restando, comunque, «la possibilità di individuare, d’intesa con le amministrazioni competenti, quelli esclusi da tale riduzione, prevedendo che tra i criteri base di valutazione della performance individuale e organizzativa sia compreso, ove applicabile, il monitoraggio dei tempi di trattazione dei procedimenti e il livello di soddisfazione dell’utenza»: così l’art. 26, co. 2, lett. *l*), l. n. 118/2022.

¹⁰⁹ Cfr. art. 26, co. 2, lett. *h*), l. n. 118/2022.

¹¹⁰ Si v. *supra*, §§ 3.1-3.4.

¹¹¹ Cfr. M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, *Dir. econ.*, 2020, 2, *Editoriale*, in part. § 2, ove l’A. sottolinea efficacemente l’assenza di una «visione d’insieme» e la frammentarietà delle modifiche alla l. n. 241/1990 introdotte dal primo “*decreto semplificazioni*” (d.l. n. 76/2020) e dalla sua legge di conversione (l. n. 120/2020).

¹¹² Cfr. M. Ramajoli, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., 99, ove si afferma: «Semplificazione è termine dalle molteplici declinazioni e dentro tale concetto si racchiudono manifestazioni diverse che spaziano da una semplificazione normativa a una semplificazione amministrativa».

cedimento (e provvedimento) amministrativo, registrabili nella legislazione “*post Covid-19*” e di “*accompagnamento*” al PNRR.

Il generale obiettivo di semplificazione dell’attività delle pubbliche amministrazioni sembrerebbe passare anzitutto attraverso l’aspirazione alla ‘*stabilità*’ delle decisioni amministrative.

Come già ben sottolineato, anche recentemente, da autorevole ed attenta dottrina, la stabilità è senz’altro una delle vie maestre per la semplificazione dei rapporti giuridico-amministrativi¹¹³.

Le deroghe, solo transitorie, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* (e, consequenzialmente, all’art. 19, co. 4), l. n. 241/1990, di cui al c.d. “*decreto rilancio*”¹¹⁴, ma soprattutto le successive e stabili modifiche alla disciplina dei profili temporali del potere di annullamento d’ufficio, apportate dall’art. 63 del “*decreto semplificazioni-bis*”¹¹⁵, disvelano il rinnovato intento legislativo di (provare ad) imbrigliare ulteriormente il potere di riesame della pubblica amministrazione, onde rafforzare – in verità più all’apparenza che nella sostanza – il valore della stabilità delle decisioni amministrative, nonché degli effetti prodottisi *ex lege* nelle fattispecie di sostituzione provvedimentale (silenzio-assenso, s.c.i.a., etc.).

Trattasi – come ben noto – della conferma di una tendenza legislativa inaugurata dalla c.d. «legge Madia», che tuttavia ha avuto un impatto applicativo ben più contenuto rispetto al tenore letterale del dato di diritto positivo, stante l’interpretazione (riduttiva e “*costituzionalmente orientata*”) sin da subito datane dalla giurisprudenza amministrativa¹¹⁶.

Un’altra declinazione della semplificazione che emerge dall’analisi delle “*ondate legislative*” di cui sopra s’è detto, sembrerebbe essere riconducibile alla complessiva esigenza di ‘*certezza*’, secondo una pluralità di accezioni¹¹⁷.

Tra queste è senz’altro da annoverare l’ambizione politico-legislativa – di certo non nuova¹¹⁸ – di definire compiutamente e fornire agli amministrati un quadro esaustivo delle condizioni e delle modalità di esercizio del controllo pubblico sulle attività private (in particolare di rilevanza economica), in cui, in particolare,

¹¹³ Cfr. *ivi*, laddove l’A. ben mette in luce come la «*ratio*» dell’(allora recente) introduzione nell’art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (ad opera dell’art. 6, l. n. 124/2015), di una delimitazione temporale del potere di annullamento d’ufficio, sia «*riconducibile a un intento semplificatorio*» (*ivi*, 99), perché «*semplificare significa anche rendere chiare, stabili, coerenti e prevedibili le regole del rapporto giuridico intercorrente tra privato e pubblica Amministrazione. Più nello specifico, per quanto attiene al potere di autotutela amministrativa, semplificare si traduce nel fornire certezza ai soggetti privati in ordine all’effettiva tenuta e conseguente spendibilità di un titolo che determina un effetto ampliativo, ottenuto con un provvedimento espresso oppure tacito*» (cors. agg.) (così *ivi*, 100).

¹¹⁴ Si v. *supra*, § 3.1, *sub lett. b), c) e d)*.

¹¹⁵ Si v. *supra*, § 3.3.

¹¹⁶ Sul punto sia consentito rinviare ancora a C.P. Santacroce, *Tempo e potere di riesame*, cit., *passim*.

¹¹⁷ Si v., in argomento, P. Marzaro, *Il silenzio assenso e l’“infinito” della semplificazione. La scomposizione dell’ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, 558 ss. (in part. 595 s.).

¹¹⁸ In argomento si v. A. Travi, *La semplificazione amministrativa*, cit., in part. §§ 4 e 5.

l'ambito di applicazione degli istituti di sostituzione provvedimentale (silenzio-assenso, s.c.i.a., comunicazione, etc.) abbia – per quanto possibile – ‘*confini certi*’.

La qual cosa, evidentemente, assume ancor più rilievo in un ordinamento che, in linea generale e salvo limitate eccezioni¹¹⁹, parrebbe imporre ai privati – in termini di obbligatorietà¹²⁰ – il ricorso a detti congegni di “semplificazione”, i quali, a volte, più che nell’interesse degli amministrati, sembrano esser stati introdotti e poi potenziati, dal legislatore, nell’interesse quasi esclusivo della pubblica amministrazione (in senso soggettivo)¹²¹.

Chiaramente volte a soddisfare una tale esigenza, allora, appaiono le disposizioni di delega di cui all’art. 26, co. 1, 2 e 8, l. n. 118/2022, che hanno posto le basi – come si è detto¹²² – sia per un completamento dell’opera di “mappatura” già intrapresa con il c.d. “decreto SCIA-2” (d.lgs. n. 222/2016), sia per delle possibili scelte di liberalizzazione e di ragionevole e proporzionata ridefinizione dei confini dei regimi amministrativi di controllo delle attività private – una sorta di “*actio finium regundorum*” – in ragione della rilevanza degli interessi pubblici effettivamente coinvolti.

Funzionali al valore della ‘*certezza*’, però, sembrano essere anche quelle disposizioni a mezzo delle quali il legislatore ha provato ad innalzare il grado di tangibilità, spendibilità, attendibilità e affidabilità nel tempo – per gli amministrati e, soprattutto, nei rapporti tra questi e soggetti terzi – dell’*effetto abilitativo* (ad es., all’esercizio di un’attività) prodottosi *ex lege* nei casi di silenzio-assenso.

In questa direzione paiono andare sia la norma, di cui al nuovo comma 2-*bis* dell’art. 20, l. n. 241/1990¹²³, sulla “certificazione” della decorrenza del termine di conclusione del procedimento e (nell’inerzia dell’amministrazione) della conseguente formazione del silenzio-assenso¹²⁴, sia quella di cui al nuovo comma 8-*bis*

¹¹⁹ Cfr., ad es., art. 22, co. 7, T.U. edilizia (d.P.R. n. 380/2001).

¹²⁰ Il che, sul piano teorico, aprirebbe alla questione – sulla quale non è possibile naturalmente soffermarsi in questa sede, ma che potrebbe qui sintetizzarsi – della configurabilità (o meno) di un “*diritto al provvedimento espresso*” anche nelle fattispecie in cui operino per legge meccanismi di sostituzione provvedimentale, quale il silenzio-assenso previsto dall’art. 20, l. n. 241/1990. A tal riguardo, ci si limita qui a segnalare che in giurisprudenza di certo non mancano pronunce che parrebbero andare proprio in una tale direzione, nelle quali il giudice amministrativo giunge ad ammettere un’azione contro il silenzio-inadempimento, *ex artt.* 31 e 117 cod. proc. amm., anche in fattispecie in cui l’inerzia amministrativa può già dirsi *ex lege* significativa di accoglimento dell’istanza: si vedano, tra le più recenti, TAR Puglia, Bari, sez. II, 20 maggio 2019, n. 725, e TAR Sicilia, Catania, sez. I, 6 dicembre 2022, n. 3185 (in www.giustizia-amministrativa.it), ove il giudice, chiamato a pronunciarsi «sulla questione concernente l’esistenza o meno dell’obbligo di provvedere a carico dell’Amministrazione [...] nell’ipotesi di formazione del silenzio assenso», sottolineata «la natura rimediale (e derogatoria)» dell’istituto, conclude per ritenere pur sempre «nella piena disponibilità del privato l’opzione per la richiesta di rilascio di un provvedimento espresso» (e per la consequenziale configurabilità di una sua tutela in sede giurisdizionale).

¹²¹ Sulla semplificazione ed i suoi destinatari, si v. M. Bombardelli, *Il nodo irrisolto della semplificazione amministrativa*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent’anni dopo*, cit., 223 ss. (in part. 238 ss.).

¹²² Cfr. *supra*, § 3.4.

¹²³ Ivi introdotto dall’art. 62 del “decreto semplificazioni-bis”: si v. *supra*, § 3.3.

¹²⁴ Obbligo che, in verità, sembra ricordare, almeno in parte, quello previsto dal § 42a della *Verwaltungsverfahrgesetz* del 1976, ivi aggiunto in occasione delle modifiche alla legge federale tedesca sul procedimento ammini-

dell'art. 2, l. proc. amm.¹²⁵, sull'*inefficacia* delle determinazioni amministrative frutto di una tardiva attivazione del potere di diniego, in caso di silenzio-assenso, o di divieto di prosecuzione/conformazione dell'attività, in caso di s.c.i.a.

Altri valori di cui, anche alla luce degli innesti legislativi dell'ultimo triennio, risulta sempre più impregnato il tessuto normativo della l. n. 241/1990 – tanto da indurre la dottrina a ricorrere, in modo assai significativo e condivisibile, all'idea dell'«*ossessione per il tempo procedimentale*»¹²⁶ – sono la '*tempestività*' e la '*celerità*' dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Ad essi può senza dubbio dirsi ispirata anche la stessa disposizione sull'inefficacia degli atti tardivi, poco sopra ricordata. Ma non mancano, evidentemente, diverse ed ulteriori manifestazioni.

Tra queste vanno senz'altro annoverate le norme che hanno ulteriormente arricchito il "*tormentato*" art. 2, l. n. 241/1990, per quel che riguarda la misurazione e pubblicazione dei tempi procedimentali effettivi e la consequenziale comparazione con i prescritti termini di conclusione del procedimento. Ma nella stessa direzione, invero, parrebbero andare sia quelle modifiche all'art. 10-*bis* che hanno messo fine alla disputa intorno all'effetto interruttivo o solo sospensivo del c.d. "*preavviso di rigetto*" sul termine di conclusione del procedimento, sia quelle apportate all'art. 17-*bis*, onde consentire l'applicabilità del meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni anche alle fattispecie in cui rilevi l'istituto della proposta, sia la nuova disposizione di cui all'art. 21-*decies*, sulla possibilità di attivare un "*procedimento semplificato*" a seguito dell'annullamento del provvedimento in sede giurisdizionale solo per «*vizi inerenti ad atti endoprocedimentali*»¹²⁷.

Sempre funzionali alle esigenze di tempestività e celerità amministrativa sembrerebbero, poi, anche tutti quegli innesti legislativi volti a garantire una maggiore

strativo introdotte dalla *Viertes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften (4. VwVfÄndG)* (ossia, dalla quarta legge di modifiche della *Verwaltungsverfahrensgesetz*) dell'11 novembre 2008, anche ai fini del recepimento della c.d. «direttiva servizi» (dir. 2006/123/CE). La disciplina della *Genehmigungsfiktion* (lett.: *finzione di autorizzazione*), istituto omologo del silenzio-assenso di cui all'art. 20, l. n. 241/1990, prevede infatti, al comma 3: «*Auf Verlangen ist demjenigen, dem der Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 hätte bekannt gegeben werden müssen, der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen*» (ovverosia che: *Su richiesta, colui al quale avrebbe dovuto essere notificato l'atto amministrativo ai sensi dell'art. 41, co. 1, deve ricevere per iscritto la conferma del perfezionamento della finzione di autorizzazione*). In argomento, nella dottrina tedesca, si vedano U. Stelkens, § 42a *Genehmigungsfiktion*, in P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2023, e S. Baer, § 42a *Genehmigungsfiktion*, in F. Schoch, J.-P. Scheider (eds.), *Verwaltungsrecht*, III, München, 2022, e i molti riferimenti bibliografici ivi indicati.

¹²⁵ Ivi introdotto dall'art. 12, del "*decreto semplificazioni*": si v. *supra*, § 3.2.

¹²⁶ Così F. Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 35 s., ove l'A. non sembra dare all'espressione un'accezione esclusivamente negativa, in particolare ove sottolinea come «molte di queste norme rivelano una sorta di *ossessione* per il tema del tempo o, comunque, dimostrano la *consapevolezza*, acquisita dal legislatore, dei problemi che genera in Italia l'*indolenza* dell'amministrazione» (*ibidem*, cors. agg.).

¹²⁷ Come si è già detto (*supra*, § 3.2), trattasi di modifiche e integrazioni apportate alla l. n. 241/1990 dal primo "*decreto semplificazioni*" (d.l. n. 76/2020) o dalla legge di sua conversione (l. n. 120/2020).

semplicità ed immediatezza nello svolgimento delle attività procedimentali, attraverso l'«*informatizzazione*» e la «*digitalizzazione*» del procedimento amministrativo¹²⁸.

In questi termini può senz'altro esser letta la modifica all'art. 3-*bis*, l. n. 241/1990, in merito ad un *ricorso ordinario* all'«uso alla telematica», stante la nuova formulazione della disposizione, nella quale si registra un non trascurabile (e sperabilmente non solo astratto) passaggio dalla voce verbale «incentivare» all'affermazione legislativa per cui «le amministrazioni pubbliche *agiscono* [ossia, *devono agire*] mediante strumenti informatici e telematici».

Un'analogia funzione, poi, sembrano assolvere anche quei diversi riferimenti, ora presenti anche nella l. n. 241/1990, al «*domicilio digitale*», di cui ai modificati artt. 5 e 8, e le ivi introdotte integrazioni sul «*fascicolo informatico*» del procedimento, sull'esercizio con modalità telematiche del diritto di accesso e, più in generale, dei diritti di partecipazione procedimentale, anche per un doveroso allineamento della l. n. 241/1990 al (pur contestualmente modificato) Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 85/2005) e, in particolare, ai suoi artt. 41 (*Procedimento e fascicolo informatico*) e 64-*bis* (*Accesso telematico ai servizi della Pubblica Amministrazione*).

Per la stessa ragione, infine, sono da ricondurre in detto filone funzionale anche le disposizioni di cui all'art. 26, co. 2, l. n. 118/2022, e in special modo quelle sulla «*tracciabilità digitale*» dei procedimenti (lett. *l*) e sulla reingegnerizzazione delle procedure e degli adempimenti per una loro completa digitalizzazione (lett. *ff*), così come pure le previsioni di delega, sempre ivi contenute, sulla futura, possibile standardizzazione e unificazione della modulistica per la presentazione delle istanze, delle segnalazioni o delle comunicazioni alle pubbliche amministrazioni, «anche relative alle attività commerciali»¹²⁹.

Non v'è dubbio che diverse di queste manifestazioni legislative volte a generare un effetto di accelerazione e speditezza dell'azione amministrativa e di semplicità gestionale delle sue procedure, siano senz'altro da salutare con favore. Così come, a tal riguardo, può senz'altro affermarsi che un ruolo fondamentale verrà sicuramente giocato da quello che è stato definito, e già sopra ricordato, quale «*abilitatore trasversale ad ampio spettro*»: ovverosia, la *digitalizzazione*¹³⁰.

Merita tuttavia d'essere sottolineato anche che, con riguardo ad alcune previsioni, il legislatore si è fatto prendere da quella che è stata indicata come una sorta di «*ansia acceleratoria*»¹³¹, senza una previa, adeguata rappresentazione e ponderazione delle conseguenze di alcune delle più recenti disposizioni legislative di semplificazione, che – a ben vedere – rischiano in taluni casi di «*svuotare*» il

¹²⁸ Si v. M. Leggio, *Diritto alla digitalizzazione e procedimento amministrativo*, cit., 98 ss.

¹²⁹ Cfr. art. 26, l. n. 118/2022, lett. *m*).

¹³⁰ Si v. *supra*, § 2 e *sub* nt. 27.

¹³¹ Così C. Videtta, *La riforma dell'art. 16 della l. n. 241/1990*, cit., 120 e, in modo connesso, anche ove l'A., nelle considerazioni conclusive del suo contributo, si chiede «fino a che punto sarà possibile contrarre ancora la fase consultiva e se il prossimo passo non sarà quello della sua totale soppressione» (ivi, 146).

procedimento e, in particolar modo, ciò che di esso – come direbbe Mario Nigro – più rileva: ovverosia, l'*istruttoria*¹³².

A volte, infatti, si ha la precisa sensazione di trovarsi dinanzi ad un legislatore che, in modo per nient'affatto condivisibile, all'obiettivo di "far presto e bene" sembra aver sostituito l'esigenza di "far presto *tout court*", accontentandosi di dimostrare, *in primis* all'Unione europea ed esclusivamente sul piano della predisposizione di un (confuso) quadro di regolazione, la sussistenza di un'astratta capacità di raggiungimento del risultato, al contempo mostrando, tuttavia, quasi un disinteresse per l'*amministrazione reale* e la sostanza delle cose.

Insomma, il legislatore tende talvolta ad optare per uno svuotamento della funzione del procedimento amministrativo, con il conseguenziale sacrificio di interessi (non solo pubblici, ma anche privati, collettivi e diffusi), in nome di una sorta di '*celerità purchessia*' dell'attività amministrativa, di cui si danno sempre più spesso manifestazioni normative sia nella legislazione di principio di cui alla l. n. 241/1990, che – e anzi ancor più – in quelle disposizioni procedurali connotate da una sempre più spiccata "*specialità*" (e *disorganicità*), introdotte nei diversi ed amplissimi settori della pubblica amministrazione italiana interessati dal PNRR¹³³.

L'esigenza di celerità amministrativa quale valore indipendente e quasi "*slegato*" dalle effettive possibilità di cura in concreto dell'interesse pubblico, sembra emergere, ad es., dalle modifiche all'art. 16, l. proc. amm., le quali mirano ad un'ulteriore accelerazione dei tempi procedurali, sacrificando i possibili apporti istruttori dell'esercizio di una funzione consultiva di natura obbligatoria¹³⁴. Ma lo stesso può dirsi, evidentemente, anche per quelle previsioni di cui all'art. 26, co. 2, l. n. 118/2022, che pongono tra i criteri e principi direttivi cui ispirare la futura, even-

¹³² Cfr. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislative e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss., in particolare ove il Maestro sottolinea: «L'importante del procedimento si rivela non nel suo risultato finale, ma nell'istruttoria che lo sostanzia. Il centro di esso si ritrova nella partecipazione privata, nei nessi che si vengono a stabilire fra i vari poteri pubblici e fra questi e i privati, nell'emersione dei fatti e degli interessi, nella complessiva istruttoria che, verificando i fatti, accertando i dati tecnici, consente la identificazione, la valutazione, la comparazione degli interessi e la definizione dell'interesse pubblico» (ivi, 17). E ancora: «Se il nucleo necessario e stabile del procedimento è l'istruttoria, si può arrivare a dire che ciò che connota la attività amministrativa è lo stesso (il mero) svolgersi del procedimento, quale che sia lo sbocco di esso. L'atto amministrativo cessa infatti di essere il solo necessario sbocco del procedimento secondo la concezione tradizionale di esso, gli sbocchi potendo essere vari ed eventuali (oltre l'atto, la rinuncia alla prosecuzione del procedimento, l'accordo, l'apertura di altri procedimenti, ecc.)» (ivi, 18).

¹³³ E, come ha sin da subito attentamente evidenziato (a proposito dell'ambito oggettivo di applicazione del nuovo rito – allora – di cui all'art. 3, d.l. 7 luglio 2022, n. 85) F. Volpe, *Il processo amministrativo sulle controversie PNRR e le sue criticità*, in *www.giustiziasieme.it*, 2022, «quasi ogni attività amministrativa, in questo momento storico, "è PNRR" (ivi, § 2). Si segnala che la disposizione sull'«accelerazione dei giudizi amministrativi in materia di PNRR» sarebbe stata poi fatta confluire (in sede di sua conversione) nel testo dell'art. 12-bis del decreto-legge 16 giugno 2022, n. 68 (conv. con l. 5 agosto 2022, n. 108).

¹³⁴ Si v. *supra*, § 3.2, in particolare *sub lett. e*).

tuale normativa delegata, quello di una «riduzione delle fasi procedurali» e di una dimidiazione (o comunque di una revisione riduttiva) dei termini procedurali¹³⁵.

Altre delle disposizioni introdotte nell'ultimo triennio ed aventi un impatto anche sulla disciplina del procedimento, sembrano riconducibili, invece, ad un diverso insieme, esse trovando un denominatore comune nell'ambizione ad una semplificazione amministrativa per il tramite di un rafforzamento – invero non sempre condivisibile e coerente – dell'«autoresponsabilità» degli amministratori.

La norma sull'estensione della portata sostitutiva delle dichiarazioni ex artt. 46 e 47, d.P.R. n. 445/2000, prima introdotta in via transitoria con il «decreto rilancio» e poi stabilizzata, peraltro in senso ampliativo, con il «decreto semplificazioni»¹³⁶, sembra andare in questa direzione.

Tuttavia, ponendosi dalla prospettiva degli amministratori, va altresì ricordato come l'altra metà del discorso sia fatto dalle non trascurabili modifiche agli artt. 75¹³⁷ e 76¹³⁸ del d.P.R. n. 445/2000, che hanno introdotto – come già s'è detto – nuove «trappole» per i privati¹³⁹, irrigidendo ulteriormente il regime delle decadenze e delle nuove conseguenze inibitorie e sanzionatorie per il caso di un cattivo uso della c.d. «autocertificazione».

A chiudere il cerchio, fungendo, in sede interpretativa, da possibile cassa di risonanza delle altre declinazioni della semplificazione, quel valore che – con espressione forse approssimativa e con qualche intrinseca contraddizione (condividendo, sul punto, alcune attente riflessioni sulla distinzione tra collaborazione e partecipazione, solidarietà e mutualità)¹⁴⁰ – potrebbe definirsi di «solidarietà bidirezionale», sancito dall'introduzione tra i principi generali dell'attività amministrativa anche dei principi di «buona fede» e – soprattutto – di «collaborazione» nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione¹⁴¹.

Una valorizzazione delle possibili conseguenze di tale nuova previsione legislativa (senz'altro non priva di una certa carica di innovatività), potrebbe, tra le altre

¹³⁵ Si v. art. 26, co. 2, lett. b) ed i), l. n. 118/2022.

¹³⁶ Si v. *supra*, § 3.2, lett. g).

¹³⁷ Il quale, dopo le modifiche introdotte dal c.d. «decreto rilancio» (art. 264, co. 2, lett. a), n. 2, d.l. n. 34/2020), contiene un nuovo co. 1-bis, ai sensi del quale: «La dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza. Restano comunque fermi gli interventi, anche economici, in favore dei minori e per le situazioni familiari e sociali di particolare disagio».

¹³⁸ Ove, sempre a mezzo del c.d. «decreto rilancio» (art. 264, co. 2, lett. a), n. 3, d.l. n. 34/2020), il legislatore ha ritenuto di aggiungere un ulteriore periodo, ai sensi del quale: «La sanzione ordinariamente prevista dal codice penale è aumentata da un terzo alla metà».

¹³⁹ Si v. *supra*, § 3.1, in particolare *sub* nt. 58.

¹⁴⁰ Su questi profili si v., in particolare, S. Fantini, in A. Bartolini, S. Fantini, *I principi di buona fede e collaborazione*, cit., 33.

¹⁴¹ In argomento, oltre al già citato contributo di A. Bartolini, S. Fantini, *I principi di buona fede e collaborazione*, si vedano M.R. Spasiano, *Nuovi approdi*, cit., 51 ss.; A.G. Orofino, *La solidarietà in diritto amministrativo: da strumento di protezione dell'individuo a parametro di disciplina del rapporto*, in *Dir. econ.*, 2020, 2, 571 ss.; G. Marletta, *I profili innovativi dell'introduzione legislativa dei principi di collaborazione e buona fede*, cit.

cose¹⁴², contribuire a limitare – anche attraverso la configurazione di «nuove figure sintomatiche dell'eccesso di potere per violazione del canone di collaborazione»¹⁴³ – sia quelle «prassi non collaborative [...] come le *complicazioni* [...]»¹⁴⁴, sia quei comportamenti dei privati che si pongano in palese contrasto con detto nuovo canone¹⁴⁵, esso riguardando entrambi i termini del rapporto giuridico-amministrativo.

Da una tale prospettiva, allora, ben può dirsi che l'introduzione del principio *de quo*, unitamente ai suoi effetti e alle sue possibili, future proiezioni sull'attività dell'amministrazione (e degli amministrati) e sulla giurisprudenza amministrativa, potrebbe, alla fine, fungere anch'esso da strumento (o quantomeno “*complemento*”) di semplificazione.

Quelli sin qui individuati sono i principali *valori* cui il legislatore sembrerebbe aver ispirato le novità legislative di più recente introduzione (2020-2022), aventi un'incidenza – diretta o indiretta – sulla disciplina “*generale*” del procedimento amministrativo.

Non mancano, evidentemente, “*grandi assenti*”. E, a tal proposito, rivolgere lo sguardo al passato e alla comparazione giuridica diacronica¹⁴⁶ potrà agevolare l'individuazione di elementi di riflessione, utili – o almeno è quanto si ritiene – ad interpretare il presente e ad affrontare al meglio le sfide dinanzi alle quali esso ci pone.

5. *Un 'parallelismo diacronico': la Repubblica d'Austria, i Genfer Protokolle del 1922 e le c.d. «Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung» (leggi per la semplificazione dell'amministrazione)*

La storia del diritto procedimentale amministrativo ci restituisce, in effetti, un importante precedente su cui riflettere.

Il legame tra *Recovery plan*, PNRR e propositi di «*riforma orizzontale*» della pubblica amministrazione italiana, almeno per certi versi, ricorda – come già ben messo in luce da un'attenta voce dottrinale (pur se a margine di una diversa vicen-

¹⁴² Sulle possibili conseguenze applicative “*in negativo*” e “*in positivo*” del principio, si v. ancora S. Fantini, in A. Bartolini, S. Fantini, *I principi di buona fede e collaborazione*, cit., 34 ss.

¹⁴³ Così *ivi*, 36.

¹⁴⁴ *Ivi*, 33.

¹⁴⁵ Sul punto, si v. le dense ed interessanti pagine di A.G. Orofino, *La solidarietà in diritto amministrativo*, cit., 591 ss., ove l'A. individua e poi analizza «tre fattori concomitanti» alla base dell'evoluzione del sistema verso l'affermarsi di una linea di tendenza in cui «il rapporto tra diritti e doveri di solidarietà, in un primo tempo evidentemente sbilanciato a favore dei diritti [...], sta riequilibrandosi con *enfaticizzazione* dei doveri e con la sempre più frequente richiesta che i privati attuino, nel rapportarsi alle amministrazioni, comportamenti improntati ad un responsabile senso di *solidarietà istituzionale*» (cors. agg.) (*ivi*, 592).

¹⁴⁶ Cfr. G. della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, 2019, 67 ss.

da¹⁴⁷) – l'antefatto (*rectius*, uno degli antefatti)¹⁴⁸ di una tappa di certo non trascurabile, anche se – è stato detto – oltremodo trascurata¹⁴⁹, della storia dello svilup-

¹⁴⁷ Cfr. A. Ferrari Zumbini, *Il Recovery Plan e la Corte costituzionale tedesca*, in *DPCE online*, 2021, 3, 3265 ss., in particolare §§ 1 e 10 (rispettivamente, 3265 s. e 3281 ss.).

¹⁴⁸ Cfr. Id., *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*, Napoli, 2020, 82 ss., ove l'A. fa riferimento ai «principali fattori che hanno portato alla codificazione del 1925», a tal riguardo distinguendo, significativamente, tra «*fattori interni* all'ordinamento austriaco» (82 ss.) e «*fattori esterni*» (85 ss.).

¹⁴⁹ Cfr. *ivi*, 17-19, dove l'A. pone un forte accento sul «*disinteresse per l'Austria negli studi comparatistici*», poi riprendendo ed ampliando questo profilo anche più avanti, aggiungendo all'argomento del «sopravvenuto disinteresse» – in modo senza dubbio convincente – anche quello del «*travisamento*» delle radici teoriche e dei caratteri autentici del modello austriaco e di una «interpretazione riduttiva e deformata» (148 s.). L'affermazione circa lo scarso interesse riscontrabile nella letteratura amministrativistica (italiana e non) in ordine all'esperienza austriaca, del 1925, di codificazione legislativa delle regole generali del procedimento amministrativo – la quale sarebbe sta a «spesso sottovalutata nelle ricerche recenti, ma talvolta anche in quelle più risalenti» (*ivi*, 17) – si ritiene solo in parte condivisibile, e comunque solo qualora si volesse limitare il discorso agli «*studi comparatistici*» (*ibidem*). A tal riguardo, infatti, si sarebbe più propensi a valorizzare quell'affermazione in forza della quale la stessa A. ha comunque poi sottolineato come di certo non siano mancate «eccezioni» (*ivi*, 149, *sub* nt. 266, ove vengono ricordati i ben noti contributi di B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna: Amministrazione pubblica e teorica giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, e di F. Merusi, *Il procedimento irrealizzato. Dalla legislazione austriaca del 1925 ai giorni nostri*, in A. Massera (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 11 ss.). Ecco: alla luce della ricerca bibliografica condotta, il dato che a chi scrive pare emergere in modo sufficientemente nitido, è che, invece, non si tratti soltanto di eccezioni. Non v'è dubbio che, sino al recente ed approfondito studio di A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., la codificazione del diritto procedimentale austriaco (anzi, in ragione delle ben più risalenti radici giurisprudenziali, si direbbe – *rectius* – austro-ungarico), non era mai stata elevata – se non si è errato nella ricognizione – ad autonomo oggetto di indagine monografica (quantomeno da parte della dottrina italiana). Allo stesso tempo, però, si ritiene sommessamente che, un'eccessiva valorizzazione del (presunto) disinteresse scientifico per il tema, porti con sé il rischio di cadere nell'eccesso opposto, ovvero sia in una sorta di (*iper*)*svalutazione* della stabile centralità che quell'esperienza ha da sempre avuto nella riflessione dogmatica e nella ricostruzione teorica del procedimento amministrativo, registrabile senza soluzione di continuità, nella dottrina italiana (e non), sino ai giorni nostri. Del resto, nonostante i diversificati approcci scientifici e le diverse provenienze accademiche, si è dell'idea che, nell'insegnamento del diritto amministrativo, è tutt'altro che raro che i discenti abbiano a sentire dal proprio docente, una volta almeno, un qualche riferimento alla legge austriaca del 1925 sul procedimento amministrativo. Il che, evidentemente, è frutto sia della tradizione che della (da sempre e generalmente) riconosciuta rilevanza di quell'esperienza, confermata dai (di certo non pochi) richiami ad essa posti nelle diverse – più risalenti, recenti e contemporanee – «*generazioni*» dei principali Manuali di diritto amministrativo, dove in verità non sembra siano mai mancati, e tutt'oggi non mancano, significativi riferimenti alla *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925. Gli esiti della ricerca bibliografica sembrerebbero in effetti supportare una tale affermazione. Nell'economia complessiva del presente contributo – e pertanto senza alcuna pretesa di esaustività, e anzi solo con finalità esemplificative –, oltre ai contributi considerati «eccezioni» e già ricordati da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit. (in part. 17, *sub* nt. 14, e 148 s., *sub* nt. 262, 263 e 266), si vedano: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*², II, Milano, 1988, 529 ss., in particolare ove l'A., trattando dei profili comparatistici del procedimento amministrativo, pone al primo posto l'esperienza austriaca, altresì evidenziando quanto alla formazione della nozione stessa di procedimento abbiano contribuito la giurisprudenza (del *Verwaltungsgerichtshof* viennese, istituito nel 1875) e la legislazione dell'Austria del 1925, ma anche «la grande tradizione amministrativa austriaca» e «l'influsso teorico» della scuola di Vienna (*ivi*, 530 s.); G. Morbidelli, in L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*⁴, I, 2005, 531 ss., ove ci si imbatte in un'attenta analisi delle «origini», «caratteristiche» e funzione «guida» per altre legislazioni, della legislazione austriaca sul procedimento amministrativo (*ivi*, 544 ss.); E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed. (a cura di F. Fracchia), Milano, 2019, 383 s., dove, tra i cenni alle esperienze straniere di disciplina legislativa del procedimento amministrativo, viene riservato un posto di primo piano sempre a quella austriaca del 1925; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*⁴, Bologna, 2022, 232 s., ove, in una prospettiva comparata, tra i «modelli di riferimento» delle leggi generali sul pro-

po teorico e storico-legislativo del procedimento amministrativo: ovverosia, l'approvazione della *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925, da sempre ritenuta – in modo (quasi)¹⁵⁰ unanime – la prima esperienza di codificazione legislativa delle regole e dei principi volti a disciplinare, in via generale, la dimensione dinamica del potere amministrativo, anche – ed anzi, in particolar modo – per (allora “rivoluzionarie”) finalità di garanzia dei diritti delle parti del procedimento¹⁵¹.

La vicenda è stata di recente già ricostruita, con dovizia di particolari, in un approfondimento monografico di diritto amministrativo comparato interamente dedicato allo studio della genesi e dei principali profili contenutistici del «modello austriaco»¹⁵².

cedimento amministrativo, l'A. si sofferma, anzitutto e ampiamente, sull'esperienza austriaca del 1925, ritenendola espressamente «pionieristica» (*ibidem*). Allo stesso modo, anche altrove la *Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 sembrerebbe esser stata oggetto di costante considerazione (oltre che – ovviamente – nella letteratura austriaca: si v. *infra*, in part. *sub* nt. 159, 171 e 178). Oltre agli importanti riferimenti bibliografici, risalenti agli anni Sessanta, già indicati da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 17 (*sub* nt. 14), si vedano anche, a mero titolo esemplificativo: R. Parker, *Administrative Procedure in Austria*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1965, vol. 14, n. 2, 322 ss., e A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, Vaduz, 1998, 19 ss. Tra i diversi, più recenti contributi registrabili nella letteratura tedesca, ad es., si v., poi, da una prospettiva di diritto amministrativo comparato europeo, A. Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, Tübingen, 2013, 206 ss., ove l'A. si sofferma ampiamente sulle attuali caratteristiche del modello austriaco (sul *Verwaltungsverfahrenrecht*, si v., in particolare, 219 ss.). Da non sottovalutare, infine, anche i nessi tra la legge austriaca del 1925 e la successiva *Verwaltungsverfahrensgesetz* tedesca del 1976. A tal riguardo, basti considerare, infatti, come nella *proposta* governativa di legge federale tedesca sul procedimento amministrativo del 1973, e nella relativa discussione parlamentare, non manchino espressi riferimenti al “precedente austriaco” e alle soluzioni ivi adottate: si v., *Gesetzentwurf der Bundesregierung - Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG), Verhandlungen des Deutschen Bundestags*, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/1910, 18 luglio 1973, laddove, ad es., viene affermato, a proposito del diritto di accesso agli atti da parte degli interessati (*Akteneinsicht durch Beteiligte*), che «Der Entwurf schließt sich mit dieser Formulierung an § 17 des österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz von 1925 an» (p. 52), ovverosia che «il progetto di legge [federale tedesca], con questa formulazione, segue quanto già previsto dal § 17 della legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925».

¹⁵⁰ Si v. E. García de Enterría, *Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992*, in *Revista de Administración Pública*, 1993, 205 ss., in particolare ove l'illustre A. spagnolo sottolinea come «La materia tiene entre nosotros una tradición más que secular. En 1889 don Gumersindo de Azcárate [...] presentó en las Cortes una proposición de Ley, fruto de su gran sentido [...], que iba a convertirse en la primera ley del mundo sobre el procedimiento administrativo, la Ley de 19 de octubre de 1889» (cors. agg.) (*ivi*, 205). Ma, sul punto, si v. sempre A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 17, *sub* nt. 13, e le considerazioni ivi poste in ordine alla primazia dell'esperienza austriaca di codificazione legislativa del procedimento amministrativo sia rispetto alla legge spagnola del 1889 che a quella del Lichtenstein del 1922, sulle cui origini si v. ampiamente anche A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, cit., 20 ss.

¹⁵¹ Cfr., in questi termini, A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 119 s., ove l'A., a proposito della genesi (*in primis* giurisprudenziale) della disciplina recepita nella *Verwaltungsverfahrensgesetz* austriaca del 1925, sottolinea quanto sia stata decisiva, per quell'esperienza, «la volontà di riconoscere e garantire diritti procedurali ai singoli» (*ivi*, 119). Una vera e propria «rivoluzione copernicana», costituente «il fattore determinante per l'emersione del concetto di procedimento» (*ibidem*). Una «conquista epocale sul piano della cultura giuridica» (*ivi*, 120, ove l'A. richiama espressamente, a tal proposito, le significative parole di F. Tezner).

¹⁵² Il riferimento è da intendersi, ovviamente, al già ampiamente citato studio di A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo: il modello austriaco*.

Sulla base di detta analisi di diritto comparato e di alcuni ulteriori, forse utili, riferimenti (fattuali, normativi e bibliografici), si ricorderanno qui di seguito – nell'economia complessiva della presente indagine e delle sue diverse finalità¹⁵³ – solo alcuni dei passaggi principali di quell'esperienza legislativa di *Vereinfachung* (semplificazione), onde tracciare una sorta di '*parallelismo diacronico*', a distanza di un secolo, con i contemporanei propositi italiani di riforma della pubblica amministrazione e di sua trasversale semplificazione.

Nata sulle macerie del primo conflitto mondiale¹⁵⁴, la Repubblica d'Austria dovette fronteggiare, nei primi anni '20 del Novecento, una profonda crisi economica e sociale.

L'eredità del caduto Impero austro-ungarico era pesante. La politica monetaria del periodo bellico aveva lasciato un debito elevatissimo¹⁵⁵. Le conseguenze e le responsabilità assunte all'esito della Grande guerra contribuirono ad aggravare le già estreme difficoltà finanziarie della nuova Austria. La preoccupazione di sommosse e manifestazioni violente, che pure non mancarono¹⁵⁶, innescò un "*circolo vizioso*" perché la politica economico-finanziaria austriaca di quegli anni tendeva «ad accrescere senza misure le spese»¹⁵⁷.

Insomma, i principali indicatori macroeconomici (debito pubblico, inflazione, disoccupazione, etc.) restituivano un quadro d'insieme di estrema complessità e sofferenza¹⁵⁸.

La via d'uscita venne (anche allora) dall'esterno.

Il tema della *Wiederaufbau* (ricostruzione) dell'Austria e della sua salvezza era già stato portato all'attenzione della Società delle Nazioni nel 1921. E, dopo un primo fallimento dei negoziati¹⁵⁹ e alcuni ulteriori (ma infruttuosi) tentativi solo bilaterali intrapresi dall'allora Cancelliere austriaco, Seipel, e dal Ministro

¹⁵³ Su cui si v. *supra*, § 1.

¹⁵⁴ Il riconoscimento si ebbe con il Trattato di *Saint Germain-en-Laye* (Francia), firmato il 10 settembre 1919.

¹⁵⁵ Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling. L'esperienza monetaria austriaca*, in *Annali di scienze politiche*, 1928, vol. 1, n. 1, 86 ss. (in part. 87), dove è offerta una lucida analisi economica ed un'attenta ricostruzione delle vicende inflazionistiche che, sul piano monetario, portarono anche alla transizione dalla corona austriaca allo scellino. Per una quantificazione del debito post-bellico del caduto Impero austro-ungarico, si v. già E.R.A. Seligman, *The Cost of the War and How It Was Met*, in *The American Economic Review*, 1919, vol. 9, n. 4, 739 ss. (in part. 758).

¹⁵⁶ Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 97, ove si fa riferimento, ad es., alla dimostrazione del 1° dicembre 1921, fatta a Vienna, in occasione della quale ci fu un «saccheggio di negozi e dei migliori alberghi».

¹⁵⁷ Cfr. *ivi*, 92.

¹⁵⁸ Cfr. *ivi*, 97, ove l'A. ricorda in modo assai significativo: «Il torchio era in incessante funzione, tanto che nel Febbraio 1922 si calcolava un consumo di 400 kg. di colore al giorno per la stampa dei biglietti. Il valore della corona carta veniva quasi ad annientarsi».

¹⁵⁹ Cfr. *ivi*, 99.

delle Finanze, Schüller¹⁶⁰, a fine agosto del 1922 venne investito della questione il *Comité financier* della Società delle Nazioni.

Ne seguì, in tempi breve, l'elaborazione di un programma di risanamento complessivo del Paese e di ricostruzione monetaria, che sarebbe stato di lì a poco cristallizzato attraverso la sottoscrizione dei ben noti «*Genfer Protokolle*» (Protocolli di Ginevra) del 4 ottobre 1922¹⁶¹.

Da una loro analitica consultazione¹⁶² emerge che, almeno per certi versi alla stregua dei Piani di ripresa e resilienza elaborati nell'ambito del *Next Generation EU*, a fronte di un «*ingente prestito*»¹⁶³ – la cui esatta quantificazione, in verità, sembrerebbe essere controversa¹⁶⁴ – «con duplice garanzia»¹⁶⁵ e sotto il doppio controllo sovranazionale (sia della Società delle Nazioni, tramite il Commissario generale con sede a Vienna¹⁶⁶, sia dei quattro Paesi garanti: Gran Bretagna, Fran-

¹⁶⁰ Cfr. *ivi*, 100.

¹⁶¹ Sui quali si v., nella letteratura italiana, A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 85 ss. Ma, naturalmente, il richiamo a detti *Protokolle* rappresenta una costante nella letteratura austriaca sulla *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 e sulle sue origini. Tra i diversi riferimenti, si v. senz'altro R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren. Systematische Darstellung auf Grund der neuen österreichischen und ausländischen Gesetzgebung*, Wien, 1932, 11, allora nelle vesti di *Senatpräsident* dell'*österreichischen Verwaltungsgerichtshof* (Tribunale amministrativo austriaco), ma – sempre a Vienna – già professore ordinario di *Verwaltungsrecht e Staatsrecht*. Diversi richiami ai *Genfer Protokolle* sono presenti anche in contributi recenti e, più in generale, nella manualistica. Si vedano, ad es.: A. Kley, *Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts*, cit., 19 s.; K. Adamovich, B.-C. Funk, G. Holzinger, S.L. Frank, *Österreichisches Staatsrecht, Band 4, Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts*, Wien, 2017, 345 s.; J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Wien, 2018, 48. Per un'analisi storico-giuridica dei Protocolli di Ginevra del 1922 e della conseguente legislazione austriaca, si v. G. Kohl, *Die außerordentliche Gesetzgebung im Rahmen der Genfer Protokolle. Theorie und Praxis des „außerordentlichen Kabinettsrates“ 1922-1924*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreich*, 2018, 318 ss. Si v., *amplius*, G. Ladner, *Seipel als Überwinder der Staatskrise vom Sommer 1922. Zur Geschichte der Entstehung der Genfer Protokolle vom 4. Oktober 1922*, Graz, 1964.

¹⁶² Vista la difficoltà di reperimento on-line del testo dei *Genfer Protokolle* segnalata dall'attenta dottrina che si è recentemente occupata *ex professo* del tema (si v. A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 87, *sub* nt. 157), ci si permette di segnalare l'utile ed assai ben strutturato *Rechtssinformationssystem des Bundes* (RIS) (www.ris.bka.gv.at), a mezzo del quale è facilmente reperibile anche il testo integrale dei tre Protocolli di Ginevra del 1922, pubblicato sulla *Bundesgesetzblatt* del 3 dicembre 1922, 167. Stück, 842. *Staatsvertrag: Genfer Protokolle vom 4. Oktober 1922*, 1659 ss.

¹⁶³ Cfr., in questi termini, C. Farquet, «*Le comité financier ne pense et ne travaille que pour le bien de l'Autriche*». *Théories et pratiques budgétaires du comité financier de la Société des Nations lors de la stabilisation monétaire autrichienne des années 1920*, in G. Béaur, L. Quennouëlle-Corre, *Les crises de la dette publique: XVIII-XXI^e siècle*, Paris (Institut de la gestion publique et du développement économique), 2019, 345 ss.

¹⁶⁴ Secondo A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 86 si sarebbe trattato di un prestito complessivo di 690 milioni di *Goldkrone* (corone d'oro), nonostante venga *ivi* poi specificato (*sub* nt. 156) che v'è incertezza sulla «cifra finale esattamente erogata dalla Società delle Nazioni, ma è sicuro che l'Austria ricevette almeno 650 milioni di corone d'oro». Secondo C. Farquet, «*Le comité financier ne pense et ne travaille que pour le bien de l'Autriche*», cit., si trattò di 650 milioni di corone d'oro. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., rinviando a fonti dell'epoca, fa riferimento, però, ad una successiva riduzione dell'ammontare complessivo, fermatosi a 585 milioni (*ivi*, 101 e *sub* nt. 1). Stando, invece, al testo delle fonti normative pattizie, e più precisamente dell'art. 1 del *Protokoll nr. II*, il prestito complessivo riconosciuto sembrerebbe esser stato «*von höchstens 650 Millionen Goldkronen*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1661).

¹⁶⁵ Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 101.

¹⁶⁶ Si v. art. 4, *Protokoll nr. II* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1661) e punto 4° del *Protokoll nr. III* (*ivi*, 1669).

cia, Italia e Cecoslovacchia, tramite l'istituzione di un apposito Comitato con sede a Ginevra¹⁶⁷), la Repubblica austriaca si impegnava, sul piano internazionale, ad adempiere un insieme di *Verpflichtungen*¹⁶⁸ (obblighi).

Tra questi, oltre a confermare l'impegno, già assunto con l'art. 88 del Trattato di *Saint-Germain en-Laye*, di non rinunciare alla propria *Unabhängigkeit* (autonomia o – forse meglio – indipendenza¹⁶⁹), per quanto più interessa ai fini della presente riflessione, l'Austria assumeva l'impegno di elaborare ed implementare, in tempi rapidi e certi, riforme sia economiche che amministrative.

A tal riguardo, il Governo austriaco, per mezzo del *Protokoll nr. III*, si impegnava in particolare a definire, in collaborazione con il Commissario generale della Società delle Nazioni, un programma di riforme e di risanamento¹⁷⁰ volto a consentire alla Repubblica d'Austria di ristabilire, nell'arco temporale di due anni, un equilibrio di bilancio e una stabilità finanziaria attraverso un insieme di misure finalizzate ad una riforma economica generale¹⁷¹.

Più precisamente, detto obbligo comprendeva in modo espresso l'adozione di tutte quelle *Entscheidungen* (decisioni) necessarie per realizzare completamente il *Sanierungsprogramm*, incluse le *Verwaltungsreformen* (riforme amministrative) e le indispensabili modifiche alla legislazione vigente¹⁷², contestualmente impegnandosi a predisporre immediatamente il programma di riforma, ad approvare le necessarie disposizioni legislative e a dar séguito alle prime misure entro il 1° gennaio 1923.

E così, in effetti, sarebbe stato.

¹⁶⁷ Cfr. E. Fossati, *Dalla Corona allo Schilling*, cit., 102. Sulla designazione, da parte degli Stati garanti, di un rappresentante in seno al *Comité de contrôle*, si v., in particolare, l'art. 6, *Protokoll nr. II* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1662); sull'estensione dei poteri di detto Comitato, su alcuni profili organizzativi e di funzionamento, si v. gli artt. 7-14 dello stesso Protocollo (ivi, 1662-1664).

¹⁶⁸ Si v. l'incipit del *Protokoll nr. III* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1668).

¹⁶⁹ Cfr. *Protokoll nr. I*, ove può leggersi: «*Die Regierung der Republik Österreich andererseits verpflichtet sich gemäs dem Wortlaute des Artikels 88 des Vertrages von Saint-Germain, ihre Unabhängigkeit nicht aufzugeben*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1660). Tra i diversi impegni assunti dall'Austria, ricorda in modo chiaro questo punto, ricorrendo al concetto di *Anschlussverbot* (ossia, divieto di annessione), già A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 87.

¹⁷⁰ Cfr. *Protokoll nr. III*, punto 2°, dove si fa riferimento alla predisposizione di un «*Reform- und Sanierungsprogramm*» (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1668).

¹⁷¹ Cfr. *ibidem*.

¹⁷² Cfr. *Protokoll nr. III*, punto 6°, lett. *d*) (ivi, 1671).

5.1. *Segue. La Vereinfachung (semplificazione) e la Vereinheitlichung (unificazione) del Verwaltungsverfahren (procedimento amministrativo) quali Grundsätze (principi) della Wiederaufbaugesetz (legge per la «ricostruzione») del 1922. Alle radici della Verwaltungsverfahrensgesetz del 1925: la legificazione del diritto procedimentale amministrativo austriaco tra obblighi internazionali e solide sistematizzazioni teoriche del ‘diritto amministrativo vivente’*

Tra i *Genfer Protokolle* del 1922 e le c.d. «*Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung*»¹⁷³ (ossia, le leggi per la semplificazione dell’amministrazione) del 21 luglio 1925, vi fu, infatti, un ulteriore passaggio, anch’esso meritevole d’esser ricordato, costituendo la prima, più immediata proiezione sul piano legislativo degli obblighi assunti dall’Austria sul piano internazionale nell’ottobre del 1922.

Ratificati gli impegni di Ginevra, in esecuzione degli obblighi conclusivi del *Protokoll nr. III* venne subito approvata, dal Parlamento austriaco, la c.d. *Wiederaufbaugesetz* (legge sulla «ricostruzione») del 27 novembre 1922¹⁷⁴, o – per esteso – la *Bundesgesetz vom 27. November 1922 über die zur Aufrichtung der Staats- und Volkswirtschaft der Republik Österreich zu treffenden Maßnahmen* (legge sulle misure da adottare per il «raddrizzamento» dello Stato e dell’economia della Repubblica d’Austria).

Un’adeguata valorizzazione anche di questa tappa intermedia potrebbe risultare utile¹⁷⁵.

Ivi, infatti, non solo è dato rinvenire il complessivo e trasversale intento riformista, bensì anche alcuni dei ‘*concetti-chiave*’ che avrebbero orientato la successiva opera legislativa di equilibrata positivizzazione innovativa¹⁷⁶ della disciplina generale sul *Verwaltungsverfahren* (procedimento amministrativo), poi giunta a compimento qualche anno più tardi, e precisamente nel luglio del 1925.

La *Wiederaufbaugesetz* si componeva di cinque *Abschnitte* (sezioni). E la prima di esse era dedicata, per l’appunto, alla *Verwaltungsreform* e alle *Ersparungsmaßnahmen* (rispettivamente, riforma amministrativa e misure di austerità).

¹⁷³ Cfr. R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 11, e, nella manualistica austriaca contemporanea, J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 48.

¹⁷⁴ Tanto che sia i *Genfer Protokolle* che la *Wiederaufbaugesetz* sarebbero stati pubblicati, a seguire, nella medesima, già sopra citata, *Bundesgesetzblatt* del 3 dicembre 1922, rispettivamente, al 167 (pp. 1659-1672) e al 168 (pp. 1673-1682) Stück.

¹⁷⁵ A completamento – se si vuole – della pregevole ed ampia ricostruzione già offerta, *ex professo*, da A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit. Nell’economia di quello studio monografico, l’A. deve aver ritenuto più utile valorizzare direttamente la (naturalmente cruciale, ma successiva) presentazione di «un pacchetto di leggi per la semplificazione amministrativa nel 1924 (tra cui la legge generale sul procedimento amministrativo)»: si v. ivi, 87.

¹⁷⁶ Se è vero che quell’esperienza di codificazione legislativa fu il prodotto della sistematizzazione teorica del diritto giurisprudenziale, e altrettanto vero che in essa di certo non mancarono anche innovative previsioni di semplificazione.

Nel § 1 di detta sezione il legislatore si preoccupò anzitutto di affermare – perentoriamente – la necessità di riformare l'intera pubblica amministrazione austriaca (*die gesamte Verwaltung des Bundes*), per una sua semplificazione (*Vereinfachung*) e per una riduzione (*Verbilligung*) dei relativi costi.

La complessiva opera di riforma si sarebbe però dovuta ispirare a ben determinati principi (*Grundsätze*), fissati nei successivi paragrafi (§§ 2-5)¹⁷⁷.

E, ai fini dell'indagine qui condotta, è di particolare interesse rilevare ed evidenziare come l'intento riformatore passasse – *in primis* – per una *Vereinfachung* (semplificazione) e *Vereinheitlichung* (unificazione) del procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahren*)¹⁷⁸.

Altrettanto interessante è però sottolineare come l'espressa funzionalizzazione della futura legislazione di riforma agli obiettivi di semplificazione ed unificazione non dovesse in alcun modo 'snaturare' il procedimento amministrativo.

Il legislatore, infatti, ebbe a specificare, in quella stessa occasione, la necessità di 'conservare' i principi generali (*allgemeine Grundsätze*)¹⁷⁹ sul procedimento, i quali, pur in assenza di una disciplina generale di diritto positivo e nonostante la allora solo recente transizione costituzionale repubblicana (1920), si vedevano riconosciuti, anche dal legislatore, salde 'radici ordinamentali'.

Il che, evidentemente, non può generare stupore.

Come da sempre ben messo in luce nella letteratura austriaca¹⁸⁰ e, più di recente, anche dall'attenta dottrina italiana¹⁸¹, il legislatore della c.d. *Wiederaufbaugesetz* del 1922 faceva chiaramente riferimento ai principi del diritto pro-

¹⁷⁷ Cfr. § 1, *Abschnitt A*, della *Wiederaufbaugesetz* (*Bundesgesetzblatt*, cit., 1673).

¹⁷⁸ Cfr. § 3, *Absatz 2, Abschnitt A*, della *Wiederaufbaugesetz*, ove può leggersi: «*Insbesondere gelten hierfür folgende Grundsätze: a) Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verwaltungsverfahren bei Aufrechterhaltung der allgemeinen Grundsätze dieses Verfahrens [...]*» (*ibidem*).

¹⁷⁹ Si v. la seconda parte della disposizione riportata nella nota che precede, ove viene utilizzato, dal legislatore, il termine «*Aufrechterhaltung*» (mantenimento, conservazione, *et similia*).

¹⁸⁰ Si v., in particolare, R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 8 s., ove l'A., tra le tante considerazioni di interesse in ordine allo sviluppo storico del procedimento amministrativo in Austria (*geschichtliche Entwicklung des Verwaltungsverfahrens in Österreich*), sottolinea come «Die Errichtung des Verwaltungsgerichtshofes in Österreich durch G. v. 22.Okt. 1875 [...] hat zur strengen Wahrung der Gesetzlichkeit auch bezüglich des Verfahrens bei Erlassung von Verwaltungsakte auch vom Standpunkte der Einhaltung der wesentlichen Formen des Administrativverfahrens zu überprüfen. Dies war ein kühnes Unternehmen, da es damals nur sehr spärliche Verfahrensvorschriften gab». E ancora: «Der VGH [Verwaltungsgerichtshof] hat in jahrzehntelanger Tätigkeit durch seine Judikatur die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens festgestellt [...]» (cors. agg.) (ivi, 10). Il nesso tra l'istituzione del *Verwaltungsgerichtshof* e la codificazione legislativa delle regole generali sul procedimento amministrativo ha trovato, nel tempo, una costante evidenziazione, sino alla manualistica austriaca contemporanea. A tal riguardo, si vedano, ad es.: J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 47 s.; L.K. Adamovich, B.-C. Funk, G. Holzinger, S.L. Frank, *Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts*, cit., 345 s.; G. Wielinger, *Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrenrecht und das Recht der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Graz, 2014, 14 s.

¹⁸¹ Il riferimento va ancora una volta ad A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 47 ss., ove l'A. ha raccolto ed analizzato cinquant'anni (1876-1925) di giurisprudenza del Tribunale amministrativo viennese, 82 ss. e 106 ss.

cedimentale amministrativo di fonte giurisprudenziale, elaborati dal *Verwaltungsgerichtshof* viennese a partire dal 1876, e poi oggetto di un'attenta opera di sistematizzazione teorica tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento¹⁸².

Può dirsi allora che, nel 1922, *anche* sulla base degli impegni assunti sul piano internazionale¹⁸³, il legislatore aveva indicato la *via*: era necessario guardare al futuro, allo stesso tempo, però, mettendo a sistema e valorizzando il '*diritto amministrativo vivente*'.

Nel triennio successivo quella via sarebbe stata percorsa in concreto, dando vita a quello che ancor oggi – con i dovuti adattamenti legati allo scorrere del tempo e ai consequenziali cambiamenti socio-economici, tecnologici ed ordinamentali – si ritiene costituisca un «*capolavoro giuridico al servizio dello Stato di diritto*»¹⁸⁴.

6. *Un ritorno al presente e al di qua dei confini ordinamentali italiani: dalla semplificazione alla complessificazione. Un legislatore errante, tra frammentazione e progressivo svuotamento del procedimento amministrativo e della sua disciplina "generale". Il PNRR come «opportunità imperdibile» (o, altrimenti, un'occasione persa) per imboccare la via di un rinnovato e autentico spirito riformatore*

La storia della disciplina legislativa del procedimento amministrativo e, più in generale, delle riforme amministrative trasversali o – se si preferisce – «orizzontali», ci restituisce, dunque, un importante e paradigmatico precedente di *Vereinfachung* (semplificazione) giunta a compimento *anche* in ragione di un impegno (politico, giuridico ed economico) assunto sul piano internazionale.

¹⁸² Cfr. *ivi*, 82 ss., ma si veda direttamente anche la più risalente ed autorevole dottrina austriaca, e in particolare R. Herrnritt, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 8 ss., ove l'A. già ricorda, lucidamente: «An diese Tätigkeit [overosia, all'attività di determinazione dei principi del procedimento amministrativo da parte del Tribunale amministrativo, in decenni di giurisprudenza: si v. *supra*, sub nt. 180] knüpfen die späteren Reformbestrebungen im ehemaligen Kaiserstaate an: die Entwürfe zu einem Verfassungsgesetze bzw. Gutachten von Pann, Brunstein, Tezner, die Arbeiten von Lingg, Lemayer, Brockhausen u. a., die Studien zur Reform der inneren Verwaltung von 1904 (Körber), ferner die wertvollen Entwürfe der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform von 1911 (Schwarzenau). Ihre *legislatorischen Abschluß* fanden diese Bestrebungen und Arbeiten durch die Gesetze über das Verwaltungsverfahren vom Jahre 1925» (cors. agg.) (*ivi*, 10).

¹⁸³ Cfr. A. Ferrari Zumbini, *Alle origini delle leggi sul procedimento amministrativo*, cit., 85 ss., e, nella letteratura austriaca, J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 48, ove ben si evidenzia: «Angehalten durch die in *Genf* übernommenen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Österreich gewährten Völkerbündanleihe zur Sanierung der Staatsfinanzen wurden 1925 die „Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung“ erlassen» (cors. agg.).

¹⁸⁴ Nella manualistica austriaca contemporanea parlano della *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 1925 come di un «*legistische Meisterleistung im Dienste des Rechtsstaates*», J. Hengstschläger, D. Leeb, *Verwaltungsverfahrenrecht*, cit., 49. Sulle più recenti tendenze di riforma amministrativa registrabili nell'ordinamento austriaco, si v., nella letteratura italiana, E. D'Orlando, E. Happacher, *Riforme sistemiche e resistenze all'innovazione: le trasformazioni del diritto amministrativo austriaco*, in *DPCE online*, 2021, 2, 1979 ss.

I *Genfer Protokolle* del 1922 e gli obblighi ivi previsti rappresentarono per la Repubblica d'Austria (solo) un'occasione – senz'altro non di poco momento – per una riforma che, però, veniva da lontano¹⁸⁵.

La sfida posta oggi dal PNRR al legislatore italiano, considerata anche la non trascurabile rilevanza delle risorse economiche in gioco¹⁸⁶, sarebbe allo stesso modo da affrontare con un'adeguata dose sia di quel «*coraggio di semplificare*»¹⁸⁷ che di quella consapevolezza della «*fatica di semplificare*»¹⁸⁸, cui di recente e in modo assai significativo ha fatto riferimento attenta dottrina.

L'orizzonte temporale del PNRR forse consentirebbe ancora di ripensare, anche alla luce di un approccio comparato¹⁸⁹, al possibile *ruolo centrale*, per il Paese, di una *disciplina generale* del procedimento amministrativo, se non addirittura – in linea con altre esperienze legislative straniere di ultima generazione – di una codificazione complessiva delle regole che disciplinano l'azione amministrativa¹⁹⁰, correggendo il tiro rispetto a quei prodotti legislativi dai contorni e contenuti «*emergenziali*» che, intervenendo in modo solo episodico e frammentario sulla l. n. 241/1990 e, ancor più, su disposizioni procedurali settoriali, stanno finendo con lo svuotare il procedimento amministrativo – in nome di un principio di necessaria tempestività¹⁹¹ – di una delle sue principali funzioni: ovverosia, essere la sede di emersione ed individuazione degli interessi in gioco e dei soggetti (pubblici e privati) coinvolti, per il tramite di un'adeguata istruttoria¹⁹².

Uno sguardo di insieme alle modifiche che a partire dal 2020 hanno investito la legge n. 241/1990¹⁹³ e a quelle che, con «*tagli*» e «*innesti*» nelle discipline di settore, stanno sempre più di frequente neutralizzando «*dall'esterno*» alcune sue previsioni generali, restituisce, però, l'immagine di un legislatore errante che, in un già assai complesso periodo ordinamentale di *transizione*¹⁹⁴, sembra non riservare un'adeguata attenzione al momento – naturalmente decisivo – dell'individuazione degli obiettivi e della pianificazione del percorso.

¹⁸⁵ Si v. *supra*, §§ 5 e 5.1 (in part. *sub* nt. 180 e 182).

¹⁸⁶ Si v. *supra*, § 2, *sub* nt. 36-38, ma in tal senso, tra gli altri, già R. Ferrara, *Il PNRR e l'ambiente: verso quali scenari?*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 767 ss. (in part. 767 e 776).

¹⁸⁷ M. Occhiena, *Il coraggio di semplificare*, cit.

¹⁸⁸ F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit.

¹⁸⁹ Si v. G. Napolitano, *La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo è ancora attuale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 145 s.

¹⁹⁰ Cfr. *ibidem*.

¹⁹¹ Cfr. G. Severini, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, cit., § 5, ove ben viene messo in luce come «il risultato tempestivo» sia stato elevato a «principio» (ma anche a «metodo» e «criterio interpretativo») di quello che l'A. ha definito, in modo assai pregnante, «l'ordinamento della "transizione"». Come già sopra ricordato (si v. § 4), attenta dottrina ha fatto a tal riguardo ricorso alla significativa espressione di «*ossessione per il tempo procedimentale*»: così Fracchia, in F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare*, cit., 35 s.

¹⁹² Cfr. M. Nigro, *Il procedimento amministrativo*, cit., 15.

¹⁹³ Su cui si v. *supra*, §§ 3-4.

¹⁹⁴ Cfr. G. Severini, *La "transizione" come ordinamento giuridico*, cit.

E così, da quei ‘*concetti-chiave*’ di «semplificazione» e «unificazione» individuati nella risalente, ma paradigmatica (e – come si è detto – per molti versi ancora attuale) esperienza austriaca¹⁹⁵, il ritorno al presente e al di qua dei confini ordinamentali italiani sembra quasi inevitabilmente comportare un passaggio agli opposti concetti di ‘*complessificazione*’ e ‘*frammentazione*’.

Eppure, come i Protocolli di Ginevra per la legge generale austriaca sul procedimento amministrativo del 1925, così il PNRR italiano potrebbe effettivamente fungere da occasione (che dovrebbe considerarsi davvero «imperdibile»)¹⁹⁶ per imboccare la via di un rinnovato ed autentico spirito riformatore.

A tal fine, però, ci vorrebbe un deciso cambio di *passo* e di *direzione*, anche attraverso un’adeguata valorizzazione del *dialogo* – sempre proficuo – tra le diverse componenti genetiche del diritto.

La l. n. 241/1990, almeno in parte, è stata nel tempo snaturata. Essa, in diversi suoi tratti esteriori e contenutistici, sembra aver perso, infatti, l’originaria natura di legge volta ad introdurre «principi»¹⁹⁷ e «regole generali» sull’agire delle pubbliche amministrazioni e sul rapporto tra queste e gli amministrati con particolare riguardo ad alcuni snodi cruciali del procedimento amministrativo, con ciò perdendo, progressivamente, anche la sua *centralità*.

Le numerose modifiche che essa ha subito¹⁹⁸, peraltro con tecniche di *drafting* legislativo quantomeno discutibili, non le hanno neppure consentito di fare un passo deciso verso un modello di *legge generale* sul procedimento e sul provvedimento amministrativo, così restando in una sorta di limbo.

E nonostante si comprenda appieno e in parte si condivida quell’attento e ben ponderato giudizio circa la persistente «attualità» delle lungimiranti proposte della Commissione Nigro¹⁹⁹, della «filosofia di fondo» e del «metodo» di cui la l. n. 241/1990 è impregnata²⁰⁰, si è dell’idea che, rinnovando – per quanto possibile – quello spirito, sia però giunto il momento di porre le basi per un intervento legislativo organico di revisione della disciplina generale dell’azione amministrativa.

¹⁹⁵ Su cui si v. *supra*, §§ 5 e 5.1.

¹⁹⁶ Cfr. *supra*, § 2.

¹⁹⁷ Lo sottolinea bene, ancor prima dell’approvazione della l. n. 241/1990, chi – tra gli altri – ebbe a far parte della Commissione Nigro: si v. F. Pugliese, *Il contraddittorio nel procedimento*, in F. Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, cit., 25 ss. Su composizione e lavori di detta Commissione, si v., naturalmente, lo stesso M. Nigro, *Il procedimento amministrativo*, cit., 3 e *passim*. Sul punto sia consentito rinviare anche a C.P. Santacroce, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014, 107 ss.

¹⁹⁸ Cfr. G. Pericu, *Aspettative e tradimenti*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent’anni dopo*, cit., 125 ss. (in part. 126 s.).

¹⁹⁹ Alcune delle quali – com’è ben noto – neutralizzate sul nascere perché ritenute troppo avanzate.

²⁰⁰ Si v., in tal senso, A. Marra, *Obsolescenza e attualità della legge n. 241/1990 nell’era dell’amministrazione digitale*, in A. Bartolini, T. Bonetti, B. Marchetti, B.G. Mattarella, M. Ramajoli (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent’anni dopo*, cit., 385 ss. (in part. 393).

E quand'anche – ripartendo dalle categorie generali – questo fosse “*soltanto*” in grado di eliminare gli «sfregi» che la l. n. 241/1990 ha nel tempo subito²⁰¹; di evitare una sua progressiva «marginalizzazione» provocata dal processo di digitalizzazione²⁰²; e di ricondurre al suo interno fondamentali *segmenti di disciplina* ad oggi frammentariamente dispersi nell'ordinamento, si tratterebbe comunque – o almeno, è quanto si ritiene – di un risultato apprezzabile anche rispetto all'obiettivo di semplificazione.

Ma, soprattutto, potrebbe esser visto (anche dall'esterno), come un primo segnale di un'inversione di tendenza di un legislatore che, invece, sembra orientato solo a costruire e proporre sempre nuovi esempi di “*cattiva semplificazione*”, anche attraverso disposizioni settoriali volti a rovesciare quel rapporto tra *regole* ed *eccezioni* di cui alla l. n. 241/1990, al punto che, almeno rispetto a taluni suoi contenuti, si ha quasi l'impressione che essa sia destinata a diventare una *legge residuale* sul procedimento²⁰³.

Conclusivamente, qualora si dovesse formulare – ad oggi – un giudizio di prognosi, si sarebbe più inclini a sottolineare, allora, quanto facilmente il PNRR possa trasformarsi da «*opportunità imperdibile*» per una vera e quantomai necessaria «*rimforma orizzontale*» della pubblica amministrazione²⁰⁴, in un'*occasione persa*.

In effetti, per descrivere l'odierna situazione del legislatore italiano alle prese con il PNRR e le connesse esigenze di semplificazione, sembrerebbero tornare utili – volgendo una volta ancora lo sguardo al passato ed alla comparazione – le parole che, nel 1912, nell'ambito di uno studio comparato sulle riforme amministrative in Austria e in Prussia, ebbe ad utilizzare uno dei principali artefici della Costituzione di Weimar: «*sie fahren mit der Stange im Nebel herum*»²⁰⁵.

²⁰¹ Così *ibidem*.

²⁰² Così B.G. Mattarella, *La legge n. 241 e la sfida dell'amministrazione digitale*, cit., 430.

²⁰³ Ci si imbatte in ulteriori, assai recenti esempi legislativi in tal senso, scorrendo il testo del c.d. “*decreto PNRR 3*” (d.l. 24 febbraio 2023, n. 13), ad oggi ancora in fase di conversione, che sembra introdurre regimi amministrativi “*ibridi*” (che molto probabilmente genereranno rinnovate incertezze per i privati) e “*disallineati*” rispetto alla disciplina generale degli istituti di semplificazione di cui alla l. n. 241/1990, essi contraddicendo “*dall'esterno*” le clausole generali di esclusione dell'applicabilità dei regimi semplificati di controllo pubblico delle attività private. Allo stato, infatti, l'art. 46 del d.l. n. 13/2023 parrebbe teso a neutralizzare, almeno in parte, quella regola generale di cui all'art. 19, co. 1, l. n. 241/1990, che esclude espressamente dall'ambito di applicazione della s.c.i.a. tutte quelle fattispecie in cui sussistano, tra gli altri, vincoli a tutela dei beni culturali. Seppur con esclusivo riguardo agli immobili di proprietà pubblica (o con destinazione d'uso pubblico) assoggettati a vincolo culturale «ai sensi della parte II» del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004) e interessati da finanziamenti a valere sul PNRR (o sul PNC), il citato art. 46 introduce, per taluni interventi di manutenzione ordinaria, una «*previa segnalazione* alla soprintendenza competente per territorio», così rievocando chiaramente la disciplina della s.c.i.a., pur non senza alcune, almeno apparenti, deviazioni di regime. Analogo discorso, poi, potrebbe per certi versi farsi, in parte, anche con riguardo all'art. 47 dello stesso d.l. n. 13/2023.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, § 2.

²⁰⁵ Ossia, «*procedono a tentoni nella nebbia*» (lett.), o – se si preferisce – brancolano nel buio: così H. Preuß, *Verwaltungsreform und Staatsreform in Österreich und Preußen*, in *Zeitschrift für Politik*, 1912, vol. 5, 219

PNRR, «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione e disciplina generale del procedimento amministrativo

Il saggio si propone come obiettivo quello di verificare, da una prospettiva capace di restituire un quadro d'insieme, l'impatto delle più recenti modifiche (2020-2022) alla disciplina "generale" italiana sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990, onde pervenire conclusivamente, anche attraverso talune suggestioni provenienti da un'assai significativa esperienza di codificazione legislativa del diritto procedimentale amministrativo d'oltreconfine e del passato, ad una valutazione circa il livello di adeguatezza delle misure previste dal PNRR e dalla legislazione ad esso collegata, rispetto al dichiarato ed ambizioso fine di una «riforma orizzontale» della pubblica amministrazione italiana.

PNRR, «horizontal reform» of the public administration and general regulation of administrative proceedings

From a perspective capable of providing an overall picture, the essay aims to verify the impact of the most recent changes (2020-2022) to the "general" Italian regulation on administrative proceedings (law no. 241/1990), in order to reach a conclusive evaluation, also through some suggestions coming from a significant experience of legislative codification of administrative procedural law abroad and in the past, regarding the adequacy of the measures provided by the PNRR and the related legislation, with respect to the declared and ambitious goal of a «horizontal reform» of the Italian public administration.

ss. (in part. 221-223 e 235), invero richiamando espressamente una (di poco) precedente affermazione del giurista austriaco C. Brockhausen (si v. *ivi*, *sub* nt. 1).

Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un patto tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione

Gianfrancesco Fidone

SOMMARIO: 1. L'asserita contrapposizione tra comunità e intervento pubblico e privato. – 2. Presupposti del governo comune e amministrazione condivisa. – 2.1 Il modello dei patti di collaborazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani. – 3. Sui limiti del governo comune e sulla necessità della collaborazione pubblico - privato - comune. – 4. Criticità dell'intervento pubblico e privato nel governo dei beni comuni: a) I fallimenti dell'intervento pubblico: fallimenti della legislazione e dell'amministrazione; b) Il fallimento dell'intervento privato; c) Il fallimento dell'intervento privato (*segue*): insufficienza del mercato a percepire i "valori del non uso"; d) La frammentazione dei diritti proprietari e la c.d. tragedia degli *anticommons*. – 5. Conclusioni: fiducia e collaborazione come presupposto di forme di partenariato pubblico - privato - comunità.

1. *L'asserita contrapposizione tra comunità e intervento pubblico e privato*

L'affermarsi di un criterio sostanziale di distinzione tra beni pubblici e beni privati, fondato sulla destinazione del bene (ovvero sull'interesse che esso è preposto a realizzare), ha portato ad affiancare ai concetti di bene pubblico e privato quello di *bene comune*, ovvero quel bene destinato ad arrecare utilità peculiari ai componenti di comunità di cittadini più o meno estese, diverse da quelle che il medesimo bene arreca al *quisque de populo*. Ciò implica una *restituzione* di tali beni alle comunità di riferimento, che devono essere coinvolte nelle scelte che riguardano il bene e nel suo governo, applicando modelli di amministrazione condivisa¹.

¹ Si confronti, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017. Si confronti anche G. Fidone, *Dai beni comuni all'Amministrazione Condivisa*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2022, anno XVI, 2, 435-

Il dibattito sul tema, nel contesto interno, ha trovato origine nei lavori della c.d. Commissione Rodotà che aveva proposto la riforma della disciplina dei beni pubblici attraverso uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novella del capo II del titolo I del libro III del codice Civile, introducendo la previsione dei beni comuni². Hanno poi fatto seguito le note pronunce gemelle delle sezioni unite della Corte di Cassazione che hanno rigettato le pretese di imprese ittiche, che asserivano di avere acquisito le proprietà di valli da pesca della laguna di Venezia, non solo accertandone la natura demaniale ma anche facendo espresso riferimento alla natura comune di tali beni, funzionale alla realizzazione di diritti fondamentali della collettività quali il diritto all'ambiente³.

460. La tesi sostenuta è che i beni comuni sono beni che arrecano ad una comunità di persone particolari utilità. Per tale motivo, i componenti della comunità assumono nei confronti di tali beni posizioni giuridiche soggettive omogenee tra loro e differenziate da quelle della generalità degli altri individui. Ad essi possono essere concessi gli ordinari mezzi di tutela già messi a disposizione dall'ordinamento per la difesa di diritti soggettivi ed interessi legittimi. Su tale base, le comunità possono organizzarsi ed assumere la gestione di tali beni, secondo il modello dell'amministrazione condivisa. Sulle comunità si rinvia a N. Zamaro, *Comunità, organizzazioni non profit e attivismo civico*, in Aa.Vv., *La fiducia nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Rapporto 2022 di Italiadecide, Bologna, 2022. Si confronti anche V. Cerulli Irelli, *Diritto pubblico della proprietà e dei beni*, Torino, 2022 che tratta del tema dei beni comuni nel più ampio contesto della teoria della proprietà e dei beni pubblici.

² La Commissione fu istituita presso il Ministero della Giustizia con Decreto del Ministro del 21 giugno 2007. Essa offre una definizione di bene comune diversa da quella che si propone nel testo. Il disegno di legge delega, a Costituzione vigente, proponeva di distinguere i beni nelle tre categorie dei beni pubblici, beni privati e beni comuni, secondo un criterio sostanziale. I «beni comuni» (art. 1 comma 3, lett. c) sono definiti come «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» e «devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future» (principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità). Essi «non rientrano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati» e per essi deve essere garantita la fruizione collettiva. Tuttavia, quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche «i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio» e, inoltre, «ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe». Ne farebbero parte, tra gli altri: «i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata». Alla medesima categoria, inoltre, appartenerebbero «i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate». Essi soffrirebbero di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento. Diventa quindi necessario prevedere una disciplina per rafforzarne la tutela e per garantirne caso la fruizione collettiva. Si confronti, E. Reviglio, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. dir.*, 2008, 531 ss.; U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta*, Bologna, 2007; U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

³ Cass, sez. un., 14.2.2011, n. 3665; Cass, sez. un., 16.2.2011, n. 3811; Cass, sez. un., 16.2.2011, n. 3812; Cass, sez. un., 18.2.2011, n. 3936; Cass, sez. un. 18.2.2011, n. 3937; Cass, sez. un. 18.2.2011, n. 3938; Cass, sez. un. 18.2.2011, n. 3939. Tali sentenze sono state influenzate dalla bozza di articolato elaborato dalla Commissione Rodotà, dal quale recepiscono la definizione di bene comune, come emerge anche dalla Relazione predisposta dall'Ufficio del Massimario della Cassazione (n. 132 del 10 novembre 2010, redatta dal Cons. Francesco M. Cirillo). In dottrina: A. Lalli, *I beni pubblici. Imperativi di mercato e diritti della collettività*, Napoli, 2015, 268 ss.; A. Di Porto, *Res in usu pubblico e beni comuni - Il nodo della tutela*, Torino, 2013, 45 ss.; E. Caliceti, *Il regime dei beni comuni: profili dominicali e modelli di gestione*, in M. Bombardelli (a cura di), *Pre-*

Il dibattito successivo sui beni comuni ha sempre posto le comunità di riferimento degli stessi beni in antitesi e contrapposizione netta con l'intervento pubblico e quello privato, considerati forme di sottrazione dei beni comuni alle medesime comunità di riferimento.

Con riguardo all'intervento pubblico, è stato osservato che nel quadro giuridico-istituzionale attuale, è normalmente lo Stato (attraverso la gestione diretta del patrimonio pubblico ovvero attraverso la regolazione, indirizzo e controllo dell'attività dei privati correlata ai beni a destinazione pubblica) ad assurgere a difensore dell'interesse comune. Vi sarebbe stata una trasformazione in pubblico di ciò che dovrebbe essere comune, con l'esclusione delle comunità dalla gestione delle risorse comuni⁴. Secondo il medesimo Autore, la prospettiva del bene comune rovescerebbe questo scenario, «rivendicando la restituzione ai cittadini dell'accesso diretto alle risorse e di specifici poteri di programmazione, gestione e controllo». Conseguentemente, nella «tensione tra pubblico e comune», vi dovrebbe essere un arretramento dello Stato con un esercizio dei pubblici poteri funzionale alla causa del bene comune.

Quanto all'intervento privato, è stato osservato che i beni comuni si collocerebbero in una logica antitetica a quella del mercato, dal momento che sarebbero caratterizzati dalla non esclusione dall'uso generale, tale da renderli non assoggettabili a un prezzo di utilizzo, azzerandone il prezzo di scambio. Si tratterebbe, dunque, di beni destinati a un uso generale, a cui sono ammessi tutti indistintamente. La categoria verrebbe a emergere in contrapposizione e in controtendenza all'assoggettamento dei beni pubblici alle logiche del mercato, attraverso forme di gestione privata ovvero privatizzazioni, formali o sostanziali⁵.

I beni comuni sono stati contrapposti all'eccessiva fiducia nell'efficienza del mercato e soprattutto nell'equità delle soluzioni perseguite attraverso tale strada.

dersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi, Napoli, 2016, 63 ss.; S. Lieto, "Beni comuni", *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, 2; E. Pellecchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.*, 2012, I, cc. 573 ss.; C.M. Cascione, *Le Sezioni Unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 12 ss.; F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; P. Chirulli, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Gustamm.it*, 2012; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia L., *Beni Comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 1, 10.

⁴ M.R. Marella, *I beni comuni*, Roma, 2013, 15.

⁵ Secondo A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Bari, 2013, 62, osserva che «fin tanto che lo Stato ha gestito i beni pubblici di sua proprietà limitando il ricorso all'istituto della concessione per i beni demaniali (gestione) e impedendo facili processi di sdemanializzazione (circolazione) non risultava di immediata necessità distinguere i beni comuni dai beni pubblici» e, dunque, «il problema si acuisce allorquando quando la gestione passa (attraverso concessioni, gare, affidamenti, processi di sdemanializzazione) progressivamente a soggetti privati o misti e alle istituzioni pubbliche resta unicamente la mera titolarità del bene». Si confronti anche P. Maddalena, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della Repubblica italiana*, in *Federalismi.it*, 2011.

L'assoggettamento dei beni pubblici alle logiche privatistiche amplificherebbe la debolezza della proprietà pubblica a garantire i diritti fondamentali dei cittadini sotto il profilo dell'equità. La stessa categoria è stata riferita anche alla crisi economica dell'inizio degli anni 2010, che ha manifestato l'insufficienza delle consuete tendenze di valorizzazione dei beni pubblici e affermato la necessità del loro ripensamento⁶.

Più in generale, è crescente l'insoddisfazione della collettività intera o di taluni gruppi per le forme tradizionali di gestione, pubblica o privata, di tali beni, che ne mettono in pericolo la stessa esistenza, la loro conservazione per le generazioni future, oltretutto il giusto godimento per quelle attuali. Secondo autorevole dottrina «la dimensione collettiva scardina la dicotomia pubblico-privato, intorno alla quale si è venuta organizzando nella modernità la dimensione proprietaria». Comparirebbe una dimensione diversa, «che ci porta al di là dell'individualismo proprietario e della tradizionale gestione pubblica dei beni. Non un'altra forma di proprietà, dunque, ma l'opposto della proprietà»⁷. Ne deriverebbe il superamento della grande dicotomia⁸, della distinzione tra pubblico e privato e la tensione verso «un *terzium genus* di diritto, che sia in grado di assicurare tecniche decisionali improntate non più sulla sola rappresentanza ma anche alla democrazia deliberativa e partecipativa»⁹.

Dunque, il concetto di bene comune aspirerebbe al «superamento delle forme proprietarie tipiche dell'ideologia borghese, fondate sull'appropriazione e lo sfruttamento individuale ed escludente dei beni». Esso, inoltre, mirerebbe alla costituzionalizzazione della persona attraverso strumenti diversi da quelli proprietari e «dunque fuori dalla logica mercantile»¹⁰.

Sulla base di questi presupposti, il dibattito sui *beni comuni* ha contrapposto posizioni che hanno esaltato l'originalità e la novità della categoria e altre conservatrici che ne hanno negato le peculiarità e la distinzione rispetto ai beni pubblici. La discussione è approdata alla costruzione di un «*manifesto*» dei beni comuni che ne ha enfatizzato il ruolo, come se si trattasse di una nuova visione del mon-

⁶ La scarsità di fondi pubblici e le sopravvenute difficoltà dell'impresa privata avrebbero reso sempre più difficoltosa la tutela e valorizzazione dei beni pubblici secondo i modelli consueti. Ad esempio, secondo V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica e Diritto*, 2014, anno XLV, 1, 2. Il dibattito sui beni comuni nascerebbe «dall'esigenza, che si è accentuata durante la recente crisi economica, di ripensare o comunque di aggiornare alcune categorie consolidate». Il tema è trasversale nei diversi saggi contenuti in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016 e in particolare in quello di M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, contenuto nello stesso volume.

⁷ S. Rodotà, *Il valore dei Beni comuni*, su *acquabenecomune.org*, 2012, tratto da *La Repubblica* del 05.01.2012.

⁸ L'espressione è di N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, 122 ss.

⁹ V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica e Diritto*, 2014, anno XLV, 1, 5.

¹⁰ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, 105 ss. Lo stesso concetto è anche in S. Rodotà, *Il terribile diritto - studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna, 2013, 459 ss.

do¹¹. Sulla base di tali tesi si sono giustificate le occupazioni di beni pubblici¹². Questa impostazione ha trovato forti opposizioni che si sono radicalizzate nella totale negazione della categoria dei beni comuni¹³.

Come si può notare, il dibattito descritto è stato caratterizzato da elementi ideologici che determinano talora l'esagerata esaltazione della nuova categoria, in contrapposizione con quelle del pubblico e del privato e, talaltra, la sua totale negazione.

2. Presupposti del governo comune e amministrazione condivisa

Il fondamento dell'autogoverno del bene comune (*governo* o *gestione* comune) da parte della comunità di riferimento, ha trovato giustificazione negli studi di Elinor Ostrom, premio Nobel per l'Economia nel 2009¹⁴. Tali studi hanno riguardato le c.d. *risorse collettive* o *commons*¹⁵, una categoria di beni elaborata dagli eco-

¹¹ Il riferimento è a U. Mattei, *Beni Comuni un manifesto*, Bari, 2011 che, ad esempio, ha sostenuto che «un bene comune, a differenza tanto della proprietà privata quanto di quella pubblica (appartenente allo Stato: proprietà demaniale), non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno. Non può essere colto con la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto. In una parola, non può essere ricondotto all'idea moderna di merce. Il bene comune, infatti, esiste solo in una dimensione qualitativa. Noi non 'abbiamo' un bene comune (un ecosistema, dell'acqua), ma in un certo senso 'siamo' (partecipi del) bene comune (siamo acqua, siamo parte di un ecosistema urbano o rurale). La stessa separabilità tra l'essere e l'avere, così come quella fra il soggetto e l'oggetto, viene posta in discussione da una teoria politica che ponga al centro i beni comuni» (52). Dello stesso Autore è poi lo scritto successivo il *Benecomunismo e i suoi nemici*, Bari, 2014.

¹² Il caso più famoso è stato quello del Teatro Valle di Roma, di appartenenza pubblica, che nel giugno del 2011 è stato oggetto di occupazione da parte di un gruppo di attori, artisti e altri lavoratori del mondo dello spettacolo, in quanto ritenuto un bene comune che afferisce al diritto alla cultura, costituzionalmente riconosciuto. Al progetto dello Statuto partecipato della fondazione Teatro Valle Bene Comune hanno partecipato, con apporti diversi, tra gli altri, autorevoli giuristi quali Stefano Rodotà, Ugo Mattei, Pietro Rescigno, Gregorio Arena. Per questo, si confronti il sito <http://www.teatrovalleoccupato.it>.

¹³ E. Vitale, *Contro i beni comuni, una critica illuministica*, Bari, 2013, contenente una critica severa al *Manifesto* di Mattei. In particolare, sarebbero irrisolte alcune domande fondamentali: quali sono le caratteristiche possano fondare la definizione di bene comune; «a chi sono comuni i (o quali) beni comuni», ovvero a quali gruppi di popolazione si riferiscono; quali devono essere le caratteristiche di una gestione innovativa dei beni comuni, ovvero della loro governance, essendo, in sostanza, poco chiaro «chi amministrerà i beni comuni».

¹⁴ E. Ostrom, *Governing the commons: the evolution of Institutions for collective action*, New York, 1990. La traduzione italiana è E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006. G. Vetrutto, F. Velo, *Una lezione per le politiche pubbliche: il governo delle realtà sociali complesse tra "pubblico" e "privato"*, in E. Ostrom, *Governare i beni comuni*, Venezia, 2006, notano che «la suggestione di carattere generale, rispetto all'elaborazione delle politiche pubbliche, che il volume fornisce è quella dell'abbandono (o quantomeno della critica serrata) delle categorie ideologiche dello "Stato" e del "mercato" come "grandi regolatori unici" per la soluzione dei problemi di interesse collettivo; ciò in favore di un'alternativa empirica basata sulla valorizzazione delle istituzioni collettive (e, dunque, né "pubbliche" né "private", nel senso voluto dall'armamentario ideologico dei sostenitori dello "stato" e del "mercato") [...]».

¹⁵ A tale categoria, sono state ascritte le risorse ambientali (risorse ittiche o faunistiche, le foreste, i pascoli, ecc.) che sono accessibili a tutti ma con consumo rivale (ovvero, se uno consuma, l'altro non può consuma-

nomisti, caratterizzata dal fatto di essere a consumo non escludibile ma rivale, che presenta affinità con la categoria dei beni comuni elaborata dai giuristi¹⁶.

Gli studi di Ostrom confutano precedenti teorie che avevano sostenuto che, se lasciati all'autogoverno delle comunità di riferimento, i beni comuni avrebbero finito con l'essere distrutti ovvero, nella migliore delle ipotesi, governati in modo inefficiente. Ciascun componente della comunità potrebbe essere, infatti, indotto a comportarsi opportunisticamente da *free rider* (data la non escludibilità dall'utilità del bene)¹⁷ e potrebbe ricorrere la c.d. *tragedia dei beni comuni* (quando alla non escludibilità si aggiunge la rivalità nel consumo)¹⁸. Entrambe tali teorie sono state fondate sul presupposto, teorizzato dagli economisti classici, che gli uomini agiscano mossi dalla razionalità egoistica avendo come unico obiettivo quello di massimizzare la propria utilità individuale, come il *pescatore di aragoste* valuta esclusivamente quanti animali egli stesso pesca ed è totalmente disinteressato all'impatto sull'ambiente e all'estinzione della riserva.

re o trova la risorsa impoverita). L'escludibilità può essere definita come la proprietà di un bene in forza della quale a un individuo può esserne impedito l'uso. Più precisamente, un bene è escludibile quando vi è una tecnica (fisica, giuridica, sociale o ingegneristica) per impedire alle persone di accedervi, ed è quindi tecnicamente possibile chiedere di pagare un prezzo per l'accesso. Sulla base di tali caratteristiche, sono distinti quattro tipi di beni: i *beni privati*, rivali ed escludibili; i *beni di club*, non rivali ma escludibili; le *risorse collettive* anche dette *commons*, rivali ma non escludibili; i *beni pubblici*, non rivali e non escludibili.

¹⁶ Le categorie dei *commons* (beni non escludibili e rivali) e di *bene comune* a cui facciamo riferimento in questo scritto (ovvero bene preposto a realizzare l'interesse di una comunità), non coincidono. Quest'ultima è certamente più vasta e articolata e può comprendere beni diversi dai *commons*. Allo stesso tempo, non è detto che un *common* (bene non escludibile ma rivale) sia necessariamente un bene comune (ovvero destinato a realizzare gli interessi di una comunità). Per questo, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017.

¹⁷ Tale comportamento opportunistico si verifica quando, all'interno di un gruppo di individui, ce ne è uno che evita di dare il suo contributo al bene comune poiché ritiene che il gruppo possa funzionare ugualmente nonostante la sua astensione. In buona sostanza, i singoli individui scelgono di non pagare il prezzo di un bene, anche in termini del loro contributo al buon funzionamento dello stesso, scaricandolo su qualcun altro. Ciò perché ognuno sa che potrà beneficiare ugualmente del bene (data la *non escludibilità* che arreca *esternalità positive*), senza essere costretto a dare un suo contributo. Il comportamento da *free rider* è un rischio per la stessa sopravvivenza del bene comune perché se tutti lo assumessero il bene comune non avrebbe alcuna manutenzione o miglioramento e finirebbe con l'essere distrutto. L'incentivo individuale ad assumere un comportamento da *free rider* aumenta quanto più oneroso è il contributo individuale da dare al bene non escludibile. Si può rinviare a Fidone G., *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017.

¹⁸ La c.d. *tragedia* dei beni comuni, consistente nell'inevitabile depauperamento delle risorse comuni derivante dal sovraconsumo individuale dei beni accessibili a tutti (G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 162, 1243 ss.). Tale criticità è legata alla caratteristica della *rivalità* nel consumo, di cui si è già detto. Può cioè accadere che ciascun individuo, spinto dal proprio interesse personale, tenda a massimizzare l'utilità individuale che può trarre dal bene comune. Tale comportamento determina la progressiva scomparsa delle risorse comuni e l'inevitabile distruzione del bene. Peraltro, quando si arriva a superare una soglia critica e si innesta una percezione individuale della imminenza della tragedia (ovvero la distruzione del bene) si può esasperare la corsa all'accaparramento della risorsa proprio perché essa ormai è divenuta scarsa. L'esempio classico è quello dei pastori che portano al pascolo le loro pecore in un prato comune: in tale caso, la scelta razionale (ovvero quella che massimizza l'interesse individuale), potrebbe essere quella di aumentare progressivamente il bestiame al pascolo perché, in tale modo, il vantaggio individuale è accresciuto. Quando l'erba complessiva diventa scarsa, aumenta (a causa del pericolo di esaurimento della risorsa) la corsa all'accaparramento individuale, con distruzione finale del bene comune, così verificandosi la *tragedia*.

Il merito di Ostrom è stato quello di aver dimostrato la possibilità di una gestione comune efficiente, nel mutato presupposto di una razionalità non egoistica che porta, in talune circostanze che i beni comuni favoriscono, gli uomini a cooperare tra loro¹⁹. Le istituzioni collettive di successo sarebbero dei sistemi auto-organizzati, decentrati (non centralisti) e a democrazia partecipata, in cui gli individui sono consapevoli dell'interesse comune, agiscono in cooperazione, rispettano regole condivise e percepite come giuste. Tale conclusione è tratta dallo studio empirico di comunità che sono riuscite a raggiungere accordi per un'utilizzazione sostenibile nel tempo delle risorse comuni, grazie all'elaborazione spontanea di regole di sfruttamento, accompagnate da doveri di gestione, manutenzione e riproduzione delle risorse stesse, sanzionati dall'esclusione da tali comunità di coloro che non rispettano tali regole²⁰. Le forme di *governance* di successo sono sistemi di autoregolazione basati su accordi reciproci (ovvero sulla cooperazione tra i componenti del gruppo) in cui le regole sono accettate e rispettate dai membri stessi della comunità di riferimento che le hanno istituite²¹.

Tornando sul fronte del diritto interno, la tematica dei beni comuni è stata correttamente associata alla discussione sull'*amministrazione condivisa*, che comporta il coinvolgimento diretto dei *cittadini attivi*²² nelle vicende di questi beni, sulla base dell'applicazione del *principio di sussidiarietà orizzontale* di cui all'art. 118 comma 4 della Costituzione²³. Secondo la Corte Costituzionale, l'ammini-

¹⁹ Sul punto si confrontino, M. Egidi, *Dalla razionalità egoistica alla razionalità lungimirante. Per una teoria dei comportamenti cooperativi*; M. Cafagno, *Verso un intervento pubblico multidimensionale: modelli e condizioni per creare collaborazione e fiducia*, entrambi in Aa.Vv., *La fiducia nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Rapporto 2022 di Italiadecide, Bologna, 2022.

²⁰ Nel volume *Governare i beni collettivi* l'Autrice analizza una gamma molto ampia di casi (dagli indiani d'America, a comunità del Nepal e della Mongolia o Giappone) e risorse collettive diverse (bacini di pesca, le proprietà di pascolo e foreste delle Alpi). Si tratta di comunità di dimensione limitata, localizzati in un solo paese e coinvolgenti gruppi di individui che variano dai 5.000 ai 15.000 soggetti, riferiti a villaggi di pescatori, zone di pascolo, bacini idrografici, sistemi di irrigazione, foreste comunali, e simili.

²¹ Così L. Sacconi, *Introduzione. Visione nuova, ragionevoli proposte*, in L. Sacconi, S. Ottone (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, 19.

²² La definizione di *cittadini attivi* è riferibile a G. Arena, *Cittadini attivi, un altro modo di pensare l'Italia*, Bari, 2006. Essa deve essere pensata anche alla luce del contributo di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994. L'*amministrazione condivisa* costituisce un modello fondato sulla fiducia in grado di valorizzare il principio di sussidiarietà orizzontale. Benvenuti già sosteneva che la partecipazione dei cittadini all'esercizio di funzioni, che tradizionalmente costituiscono esercizio del potere pubblico, si traduce nel rendere gli stessi parte di un rapporto paritario con la pubblica amministrazione. La partecipazione per il singolo individuo comporta l'impegno ad agire non solo nel proprio esclusivo interesse, ma a considerare anche la ricaduta della sua azione nell'interesse della collettività. Ciò comporta una condivisione di responsabilità sulla base della quale si instaura un nuovo consenso che permette di superare la crisi di rappresentatività delle autorità, che l'Autore ricostruisce nelle sue diverse componenti, ripercorrendone l'evoluzione storica.

²³ Si confronti: Corte Cost., sent. 26 giugno 2020, n. 131 per la quale l'art. 118 comma 4 della Costituzione vuole «superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una "autonoma iniziativa dei cittadini" [...]». In dottrina: G. Arena, *Il welfare di comunità*, in G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 89, ss.; G. Arena, *Beni comuni. Un nuovo punto di vista*,

strazione condivisa si fonda su un «diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico» e può coinvolgere «la “co-programmazione”, la “co-progettazione” e il “partenariato”». Per la stessa sentenza, questa forma di amministrazione «non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

2.1. *Il modello dei patti di collaborazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani*

Nel nostro Paese si è ormai affermata l’esperienza, particolarmente rilevante, dei c.d. “regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani”, che molte amministrazioni comunali hanno adottando sulla base del modello adottato dal Comune di Bologna²⁴.

Il regolamento capostipite prevede che la controparte del rapporto con il Comune siano i c.d. «cittadini attivi», ovvero «tutti i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche di natura imprenditoriale o a vocazione sociale, che si attivano per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani ai sensi del presente regolamento»²⁵. Tali cittadini assumono il compito di condividere con l’amministrazione la responsabilità della «cura o rigenerazione» dei beni comuni urbani, «al fine di migliorarne la fruizione collettiva».

editoriale del 19 ottobre 2010, su www.labsus.org; G. Arena, *Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016, 283 ss.; G. Arena, *I custodi della bellezza*, Roma, 2020; G. Fidone, *Dai beni comuni all’Amministrazione Condivisa*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2022, anno XVI, 2, 435-460. Da ultimo, si confrontino: G. Arena, *Amministrazione condivisa dei beni comuni*; V. Cerulli Irelli, *Dai beni pubblici ai beni comuni*; F. Giglioli, *Amministrazione Condivisa e patti di collaborazione*, tutti in Aa.Vv., *La fiducia nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Rapporto 2022 di Italiadecide, Bologna, 2022.

²⁴ Comune di Bologna, Delibera di Consiglio PG n. 45010/2014 del 19 maggio 2014, “Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani”. A tale esperienza è dedicato il volume G. Arena, C. Iaione (a cura di) *L’età della condivisione - la collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2015.

²⁵ Secondo G. Arena, *Introduzione* al Rapporto Labsus 2015 – sull’amministrazione condivisa dei beni comuni, 2015, sul sito <http://www.labsus.org>, l’ordinamento vigente considererebbe «i cittadini come amministrati anziché come alleati». Ad esempio, «quando i cittadini vogliono prendersi cura dei beni comuni del proprio territorio, spesso gli amministratori locali non glielo consentono, temendo di assumersi responsabilità di vario genere». Il modello proposto presuppone un capovolgimento di tale rapporto tra cittadini e amministrazione, sulla base del principio della fiducia. Secondo lo stesso Autore, «comune (da cui comunità) viene dal latino *cum + munus*, che vuol dire svolgere un compito insieme», e, dunque, «la comunità si costruisce appunto svolgendo insieme un compito condiviso, si “fa comunità” lavorando insieme per un obiettivo che ci si è dati autonomamente».

Al fine di regolare il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione sono richiamati espressamente il principio di sussidiarietà orizzontale, oltreché altri principi generali dell'attività amministrativa quali la pubblicità, la trasparenza e la proporzionalità. Tuttavia, lo stesso Regolamento si fonda anche su alcuni principi innovativi, quali la *fiducia*, l'*inclusività e apertura* e l'*autonomia civica*²⁶.

La collaborazione tra Comune e cittadini avviene mediante l'adozione di atti di natura non autoritativa, i c.d. *patti di collaborazione*. Attraverso tali patti, Comune e cittadini attivi «definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani». Essi costituiscono lo strumento giuridico ordinario della regolazione dei rapporti di collaborazione, idoneo ad equiparare la posizione dei cittadini attivi a quella dell'ente pubblico.

Il rapporto tra Comune e cittadini attivi è, peraltro, improntato al principio di «informalità», per il quale l'amministrazione può richiedere che la relazione con i cittadini avvenga nel rispetto di specifiche formalità solo quando ciò è previsto dalla legge. Nei restanti casi, invece, «assicura flessibilità e semplicità nella relazione».

Il modello ha ad oggetto i beni comuni urbani (ovvero beni per i quali sia riconosciuto l'essere «funzionali al benessere individuale e collettivo»), individuati congiuntamente dal Comune e dai cittadini, sulla base di procedure partecipative e deliberative. Può trattarsi di beni di proprietà della pubblica amministrazione o anche di privati. In tale ultimo caso, gli accordi di collaborazione vengono ad avere per oggetto interventi di cura e rigenerazione di edifici in stato di totale o parziale disuso, di proprietà di terzi, previo consenso di questi ultimi ovvero ai sensi dell'art. 838 c.c.

In relazione a tali beni i cittadini attivi possono presentare al Comune proposte di collaborazione, ovvero manifestazione di interesse, volte a proporre interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani. La proposta può essere spontanea oppure formulata in risposta ad una sollecitazione del Comune. La

²⁶ Per il principio della "fiducia", l'amministrazione e i cittadini attivi «improntano i loro rapporti alla fiducia reciproca e presuppongono che la rispettiva volontà di collaborazione sia orientata al perseguimento di finalità di interesse generale»; per il principio di "inclusività e apertura", gli interventi di cura e rigenerazione dei beni comuni devono «essere organizzati in modo da consentire che in qualsiasi momento altri cittadini interessati possano aggregarsi alle attività». Per i principi di «adeguatezza e differenziazione», le forme di collaborazione tra cittadini e amministrazione «sono adeguate alle esigenze di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani e vengono differenziate a seconda del tipo o della natura del bene comune urbano e delle persone al cui benessere esso è funzionale». Per il principio di «autonomia civica», l'amministrazione «riconosce l'autonomia iniziativa dei cittadini e predispone tutte le misure necessarie a garantirne l'esercizio effettivo da parte di tutti i cittadini attivi». Secondo il principio di «sostenibilità», l'amministrazione, nell'esercizio della discrezionalità nelle decisioni che assume, «verifica che la collaborazione con i cittadini non ingeneri oneri superiori ai benefici e non determini conseguenze negative sugli equilibri ambientali». In ultimo, per il principio di «responsabilità», l'amministrazione «valorizza la responsabilità, propria e dei cittadini, quale elemento centrale nella relazione con i cittadini, nonché quale presupposto necessario affinché la collaborazione risulti effettivamente orientata alla produzione di risultati utili e misurabili».

promozione e il coordinamento della collaborazione con i cittadini attivi è considerata una funzione istituzionale del Comune²⁷.

La collaborazione tra i cittadini attivi e l'amministrazione comunale può prevedere differenti livelli di intensità dell'intervento condiviso, ed in particolare: la cura occasionale, la cura costante e continuativa, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani. Essa può anche riguardare la promozione dell'innovazione sociale e dei servizi collaborativi, la promozione della creatività urbana, l'innovazione digitale.

Lo stesso regolamento prevede anche strumenti di sostegno finanziario per i cittadini attivi, attraverso agevolazioni fiscali quali, ad esempio, l'espreso riconoscimento di esenzioni ed agevolazioni nel pagamento dei tributi locali.

La soluzione suggerita conferma che i beni comuni «non possono essere calati dall'alto nelle sfere di godimento dei cittadini»²⁸. Al contrario, secondo lo stesso Autore, «occorre piuttosto che all'azione politico-amministrativa dei comuni corrisponda un'azione dei cittadini, messi in grado di individuare i beni comuni e di proporre, attraverso consulte civiche loro destinazioni e forme di gestione e sostenibilità finanziaria». Occorrerebbero, dunque, «processi elaborativi di base e proposte dal basso, finalizzate alla promozione, gestione e valorizzazione dei beni comuni».

3. *Sui limiti del governo comune e sulla necessità della collaborazione pubblico - privato - comune*

Come si è visto, gli studi di Ostrom hanno l'obiettivo di ricercare la forma più efficiente per il governo dei beni comuni. Peraltro, la questione dell'efficienza non può prescindere, soprattutto in relazione al tema dei beni comuni, da quella dell'equità, che fa riferimento all'equa distribuzione della ricchezza tra gli individui, ed è rimessa a scelte di carattere politico, influenzate da aspetti culturali e sociali. Si pone, dunque, il problema concreto di dare una soluzione congiunta alle due problematiche dell'*efficienza* e dell'*equità*.

Tuttavia, occorre ricordare che non sempre (e anzi spesso) le condizioni di successo dell'autogoverno dei beni comuni teorizzate da Ostrom si realizzano nel-

²⁷ Si confronti il rapporto LABSUS del 2020, disponibile sul sito www.labsus.org. In dottrina, F. Giglioini, *Amministrazione Condivisa e Patti di collaborazione nell'esperienza concreta*, in Aa.Vv., *La fiducia nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Rapporto 2022 di Italiadecide, Bologna, 2022.

²⁸ G. Arena, *Introduzione* al Rapporto Labsus 2015 - sull'amministrazione condivisa dei beni comuni, 2015, sul sito <http://www.labsus.org>.

la realtà. Tali studi, che come detto si fondano sull'analisi di diversi *case studies*²⁹, evidenziano che vi sono modelli di governo e gestione dei beni collettivi vincenti ma anche altri fallimentari³⁰.

Si consideri, ad esempio, l'istituto degli *usi civici*, che costituiscono la fattispecie più nota di *diritti collettivi*, ovvero «situazioni giuridiche soggettive (patrimoniali e non) imputate ad una collettività territoriale» ovvero ad un «gruppo di persone insediate su un determinato territorio e legate dal vincolo del vivere insieme: una città, un paese, una frazione»³¹, che la dottrina più attenta non ha tardato a ricomprendere nella moderna categoria dei beni comuni³². Ebbene, la stessa attenta dottrina ha avvertito che «non si può trascurare che, in molte circostanze questo patrimonio è stato abbandonato, occupato, illegittimamente edificato, è stato oggetto di contenziosi infiniti». Secondo i medesimi Autori, «spesso la natura dei beni [quelli ad uso civico] non ha dato luogo al rafforzamento della identità collettiva, a fenomeni virtuosi di sviluppo economico, né ha assicurato un miglioramento della qualità dell'ambiente»³³.

Anche nell'esperienza dei patti di collaborazione, possono riscontrarsi parecchi casi di insuccesso.

Gli esempi concreti dei fallimenti della gestione comune sono evidenti. In tali casi, si sono verificati comportamenti opportunistici, riconducibili al *free rider*, e le cosiddette *tragedie dei beni comuni*. Talvolta la cooperazione si è polarizzata intorno a obiettivi illegali o non condivisibili. Ciò perché le condizioni che Ostrom prefigura per il governo comune efficiente ed equo non sempre si verificano nella realtà.

Tutto questo porta a sostenere che appare molto sbagliato contrapporre astrattamente il governo comune all'intervento pubblico o privato. Con un approccio più pragmatico, per ciascun bene comune, può rivelarsi più efficiente

²⁹ Per una valutazione di tale casistica, si confronti, I. Musu, *Analisi economica e beni comuni ambientali*, in L. Sacconi, S. Ottone (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, 126 ss., in particolare il par. 3 *Risorse ambientali come beni comuni: il contributo di Elinor Ostrom*. Si confronti anche S. Ottone, L. Sacconi, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, in L. Sacconi, S. Ottone (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, 145 ss.

³⁰ E. Ostrom, *Governing the commons. The evolutions of institutions for collective actions*, 1988, in italiano *Governare i beni comuni*, Venezia, 2006; per i casi vincenti, ca 3, 93 e ss.; per i casi fallimentari, ca 5, 213 e ss.

³¹ Così, V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, *Politica del diritto*, 2014, 1, 13. Sugli Usi civici, tra gli altri: V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica preunitaria*, Milano, 1977; F. Marinelli, *Gli usi civici*, Milano, 2013.

³² Per un accostamento dell'antico istituto degli usi civici al moderno concetto di beni comuni, tra gli altri, si confrontino: F. Marinelli, *Usi civici*, Milano, 2013, 328 ss.; F. Marinelli, *Usi civici e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, 2, 406-422; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, *Politica del diritto*, 2014, 1; E. Caliceti, *Il regime dei beni comuni: profili dominicali e modelli di gestione*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016, 63 ss.

³³ V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni Comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, I, 2014, 34.

e più equa una sua propria forma di governo: comune, pubblica o privata. Tali forme di governo, a ben vedere, possono e devono coesistere anche in relazione al medesimo bene, con riferimento al caso concreto, nel perseguimento dei fini dell'efficacia e dell'equità.

Dunque, il modello dell'amministrazione condivisa non deve essere considerato antitetico all'intervento pubblico e a quello privato. Quest'ultimo non deve essere sempre considerato come forma di sottrazione degli stessi beni alle comunità di riferimento, ma che può diventare complementare al governo comune.

Il diritto di proprietà non è un diritto monolitico, da assegnarsi necessariamente a un unico soggetto, ma un fascio di diritti e di utilità divisi (c.d. *proprietà frammentata*) che possono essere assegnati a soggetti diversi in grado di cooperare tra loro per la migliore gestione complessiva del bene. Su tale base, l'amministrazione condivisa potrebbe opportunamente fondarsi su un *patto* tra i diversi soggetti coinvolti, che costituisce il titolo giuridico perché ciascuno possa svolgere il proprio ruolo nell'amministrazione del bene³⁴.

L'amministrazione condivisa costituisce una forma, certamente innovativa, di amministrazione dei beni pubblici che diventano comuni per le comunità di riferimento, attraverso il coinvolgimento dei cittadini attivi nelle scelte del bene e del governo dello stesso. Sulla base di tale presupposto, ciascuno dei diversi attori coinvolti (pubblico, privati *profit* e *non profit* e comunità di riferimento) può e deve trovare un proprio ruolo.

4. *Criticità dell'intervento pubblico e privato nel governo dei beni comuni*

La questione concreta che ci si deve porre è quella di quale sia la forma più opportuna, in termini di efficacia e di equità, per il governo di un bene di appartenenza pubblica che sia anche un bene comune. Tutti i soggetti coinvolti in tale governo possono fallire, se lasciati da soli. La dottrina economica ha studiato in quali condizioni l'intervento pubblico, i privati e la stessa comunità possono non essere in grado di gestire i beni comuni in modo efficiente. Si possono, senza alcuna pretesa di tassatività, in una materia così vasta e complessa, dare alcuni esempi.

a) *I fallimenti dell'intervento pubblico: fallimenti della legislazione e dell'amministrazione*

L'intervento pubblico, diretto o indiretto attraverso la correzione del mercato, può non raggiungere i risultati sperati ed essere fonte di ulteriori fenomeni distorsivi e indesiderati, verificandosi così il c.d. *fallimento dello Stato* (o meglio,

³⁴ Per questo, si confronti G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, ca V, sez.II.

dell'intervento dello Stato, o ancora fallimenti del governo, *government failures*), che può riguardare fallimenti della legislazione o dell'amministrazione, ovvero le due cose insieme. Il tema è complesso, la letteratura economica è sterminata e, dunque, in questa sede non potranno che darsi sommari cenni³⁵.

I fallimenti della legislazione possono riguardare le procedure necessarie per la promulgazione delle leggi ovvero il contenuto intrinseco delle norme. Vi possono essere, inoltre, problemi di azione nascosta nei rapporti tra volontà del cittadino e rappresentanti politici che concorrono alla formazione della volontà politica tramite la quale si formano le norme³⁶.

Il fallimento dell'amministrazione può essere riconducibile allo stesso funzionamento della burocrazia. Si pensi, ad esempio, all'esistenza di problemi informativi, sia per quello che attiene alla definizione degli obiettivi sia per quanto riguarda la definizione delle appropriate soluzioni. Si possono, per causa delle asimmetrie informative esistenti nei rapporti tra istituzioni preposte alla formazione della volontà politica e strutture amministrative preposte all'attuazione delle leggi, creare fenomeni di azione nascosta da parte della struttura amministrativa³⁷.

³⁵ Per una bibliografia internazionale sui fallimenti dello Stato, tra gli altri, si possono citare: Aidt T.S. (EN) *Review: Economic Analysis of Corruption: A Survey* in *Economic Journal*, 2003, vol. 113, 491, F632-F652; T. Andersson, (EN) *Government Failure: The Cause of Global Environmental Mismanagement* in *Ecological Economics*, 1991, vol. 4, 3, 215-236; J. McGill Buchanan, (EN) *Public debt* in N.S. Durlauf, L.E. Blume (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2^a ed., Palgrave Macmillan, 2008. doi:10.1057/9780230226203.1362; M. Datta-Chaudhuri (EN), *Market Failure and Government Failure* in *Journal of Economic Perspectives*, (n. 3), estate 1990, vol. 3, 3, 25-39; B. Dollery, A. Worthington (EN), *The Evaluation of Public Policy: Normative Economic Theories of Government Failure* in *Journal of Interdisciplinary Economics*, 1996, vol. 7, 27-39; R.M. Grier, K.B. Grier (EN), *Political cycles in nontraditional settings: theory and evidence from the case of Mexico* in *Journal of Law & Economics*, aprile 2000, vol. 43, 1, 239-263; G. Kolko (EN), *The Triumph of Conservatism*, The Free Press, 1977; G. Kolko G. (EN), *Railroads and Regulation, 1877-1916*, W.W. Norton & Company, 2^a ed., 1970; A. Osborn Krueger (EN), *Government Failures in Development* in *Journal of Economic Perspectives*, estate 1990, vol. 4, 3, 9-23; j. Le Grand (EN), *The Theory of Government Failure* in *British Journal of Political Science*, ottobre 1991, vol. 21, 4, 423-442; S.W. Mukand (EN), *Policy reform, political economy of* in S.N. Durlauf, L.E. Blume (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2^a ed., Palgrave Macmillan, 2008; W.A. Niskanen (EN), *The Peculiar Economics of Bureaucracy* in *The American Economic Review*, maggio 1968, vol. 58, 2, 293-305; W.A. Niskanen (EN), *Bureaucracy and Representative Government*, Atherton, 1971; J.E. Stiglitz (EN), *Markets, Market Failures, and Development* in *American Economic Review*, maggio 1989, vol. 79, 2, 197-203; J.E. Stiglitz (EN), *Regulation and Failure*, Capitolo 1 in D. Moss, J. Cisternino (eds.), *New Perspectives on Regulation*, Cambridge, 2009, 11-23; G. Tullock, A. Seldon, G.L. Brady (EN), *Government Failure: A Primer in Public Choice*, Cato Institute, 2002; E. Wiesner (EN), *Transaction Cost Economics and Public Sector Rent-Seeking in Developing Countries: Toward a Theory of Government Failure* in R. Picciotto, E. Wiesner (eds.), *Evaluation and Development: The Institutional Dimension*, World Bank, 1998, 108-123; C. Winston C. (EN), *Government Failure versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*, Brookings Institution Press, 2006; C.J. Wolf (EN), *A Theory of Non-Market Failure: Framework for Implementation Analysis* in *Journal of Law and Economics*, aprile 1979, vol. 22, 1, 107-139; R.O. Jr. Zerbe, H.E. McCurdy (EN), *The Failure of Market Failure* in *Journal of Policy Analysis and Management*, 1999, vol. 18, 4, 558-578.

³⁶ Sul punto, si può rinviare a G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 164 ss.

³⁷ Ancora, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 81 ss.

Vi possono essere anche cause di tipo diverso, ovvero l'attività regolatrice dello Stato può incentivare comportamenti di ricerca di posizioni di rendita (*rent seeking behaviour*). Vi possono essere problemi c.d. di *cattura*, generati dalla possibilità che a fondamento degli interventi pubblici vi siano non interessi generali per la collettività ma interessi particolari delle parti in causa. Vi possono essere problemi di c.d. *porta girevole* (*revolving door*) dovuti alla possibilità che i provvedimenti di regolazione rimangano inattuati per il movimento continuo di persone divise tra attività politiche e amministrative (ad esempio, tra attività di legislatore, di regolamentazione, di *lobbying*, ecc.).

I fallimenti dello Stato (tanto della legislazione quanto dell'amministrazione) possono essere suddivisi in due categorie. I *fallimenti di scopo* si hanno quando lo Stato indirizza i suoi interventi su un numero eccessivo di obiettivi o su obiettivi sbagliati dal punto di vista del benessere sociale, ovvero impone soluzioni non appropriate al tipo di problema che ne ispira l'intervento. I *fallimenti di scala* si hanno quando, pur essendo ben definiti gli obiettivi e gli strumenti per l'ottenimento dello scopo, l'intervento si rivela insufficiente o sovradimensionato. Tale ultimo tipo di fallimenti riconduce, ovviamente, alla questione della scarsità dei fondi pubblici che può causare interventi inadeguati, con conseguenze dirette sulla cittadinanza³⁸. È, peraltro, frequente il caso di utilizzo di eccessive risorse per alcuni interventi, a discapito di altri interventi più utili o necessari.

Tali fallimenti possono tutti essere ricondotti, in generale, alla fallibilità dello Stato stesso come soggetto decisionale. Ciò anche perché lo Stato non è un soggetto decisionale unitario, essendo formato da più teste pensanti, da vari partiti politici e *lobbies* di potere di varia natura che sono portatori di interessi propri spesso divergenti³⁹. Inoltre, gli interventi dello Stato sono, di norma, di natura complessa e devono tenere conto di diversi interessi e finalità anche configgenti tra loro. La soluzione prescelta può non risultare il giusto compromesso tra tali interessi confliggenti, provocando effetti distorsivi indesiderati. Gli effetti distorsivi possono essere anche indotti da un'azione dello Stato fondata su presupposti sbagliati dovuti all'imperfetta conoscenza della situazione da correggere.

Come è stato osservato, peraltro, «constatare i fallimenti, o se si vuole, le pecche e le inefficienze dello Stato non significa desumere che dello Stato è bene

³⁸ Sul punto, S. Zamagni, *Beni comuni ed economia sociale*, in L. Sacconi – S. Ottone, *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, 65, porta l'esempio della gestione della rete idrica pubblica in Italia. Secondo quanto afferma l'Autore, i dati del CENSIS mostrano che la rete idrica italiana ha un tasso di dispersione di circa il 47% dell'acqua complessiva, a fronte della media europea del 13%. Tuttavia, le risorse necessarie per ammodernare e risistemare i 300.000 km di tubazioni sarebbe di 64 miliardi di Euro e, dunque, non vengono realizzati. Ciò comporterebbe che il costo dell'acqua (bene non scarso in Italia ma che diventa scarso per gli sprechi segnalati) sia tra i più alti d'Europa.

³⁹ Ancora, sul punto, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 168 ss.

fare a meno»⁴⁰. Ciò vale anche per il caso dell'amministrazione condivisa dei beni comuni.

b) *Il fallimento dell'intervento privato*

L'intervento dei privati nella gestione di un bene di appartenenza della pubblica amministrazione, che per una certa comunità può costituire un bene comune, si fonda tradizionalmente sulla possibilità dell'esclusione da talune o tutte le forme di uso di tali beni dall'uso generalizzato e sul loro assoggettamento ad un prezzo (in buona sostanza, chi vuole utilizzare il bene deve pagarlo al privato gestore). La logica privata, dunque, implica l'assoggettamento a tariffe per l'accesso al bene privatizzato e solo attraverso tale esclusione la gestione dei beni può essere remunerativa per il privato. Come è stato osservato, i *commons* vengono così trasformati in *commodities*⁴¹.

L'intervento privato, tuttavia, in alcuni casi non è possibile e, in altri casi, si è mostrato insufficiente o indesiderato per molteplici motivi (c.d. *fallimenti dell'intervento privato*). Anche in questo caso, il tema è complesso e meriterebbe una trattazione specifica. In questa sede, non potranno che darsi dei cenni, ancora una volta senza pretesa alcuna di esaustività.

Vi sono beni per i quali non è possibile tecnicamente l'esclusione e, dunque, per tali beni la forma della privatizzazione, fondata sulla logica del profitto, non è teoricamente ammissibile (si pensi alle c.d. *res communes omnium* individuate da Giannini come l'aria, il mare, ecc.⁴²).

In altri casi, l'esclusione potrebbe essere teoricamente possibile ma comunque non sarebbe remunerativa per i privati-impresari orientati al profitto. Ciò può dipendere dalla scarsa domanda di quei beni ovvero dagli elevati costi di gestione o di manutenzione, talmente elevati da non potere essere compensati da adeguati ricavi. L'esempio è quello di molti beni culturali che a fronte di scarsi ricavi possono comportare elevati costi di manutenzione. In tale ultimo caso, peraltro, l'intervento privato potrebbe comunque intervenire nelle forme del *non profit*, sempre più diffuse in taluni settori, come quello dei beni culturali)⁴³.

Vi sono molti beni per i quali è possibile e conveniente l'effettiva esclusione e il loro assoggettamento a tariffa. Per tali beni il ragionamento economico tradizionale direbbe che la migliore soluzione è assegnarli al mercato e alla legge della domanda e offerta.

⁴⁰ G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 40.

⁴¹ Così, S. Zamagni, *Beni comuni ed economia sociale*, in L. Sacconi, S. Ottone, *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015.

⁴² M.S. Giannini, *I beni pubblici - dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-1963*, Roma, 1963, 37 ss.

⁴³ Sul punto, si rinvia a G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, sezione III del capitolo II.

Tuttavia, in particolare per i beni comuni può valere la considerazione che il modo nel quale questi vengono gestiti può non essere indifferente per l'individuo ed è proprio questo che li può caratterizzare. Una certa collettività o gruppo di persone può, infatti, desiderare che certi beni siano gestiti in un determinato modo, che soddisfi l'interesse comune. Diversamente, la gestione privata, orientata al profitto, potrebbe snaturarne la natura o l'utilizzo di tali beni⁴⁴.

A prescindere dalla pura efficienza economica della gestione del bene, il problema è capire se la stessa gestione del bene corrisponda o meno al modo nel quale gli individui desiderano che certe cose vengano gestite e distribuite⁴⁵.

c) *Il fallimento dell'intervento privato (segue): insufficienza del mercato a percepire i "valori del non uso"*

L'intervento privato nel governo dei beni comuni trova un altro ostacolo nella considerazione che spesso tali beni hanno elevati "valori di non uso". Vi sono, infatti, beni che possono generare utilità e benessere individuale per i componenti di una determinata comunità, indipendentemente dal fatto che essi vengano usati o consumati in modo diretto. In tali casi, per il benessere percepito dagli individui è sufficiente la sola esistenza del bene e non la sua fruizione.

Più correttamente, per la determinazione del valore economico totale di un bene si sommerebbero il valore dell'uso (diretto o anche indiretto) e quello del non uso. Ciò significa che accanto all'utilità che gli elementi del gruppo traggono dall'utilizzazione del bene, esiste un'altra utilità (che in relazione al tipo di bene potrà essere di intensità diversa) che deriva dalla sola esistenza del bene, prescindendo dall'utilizzo diretto del bene stesso da parte dell'individuo-membro del gruppo.

I valori di non uso possono consistere nel *valore di opzione*, ovvero nel valore connesso a un ipotetico utilizzo futuro del bene; nel *valore di esistenza*, ovve-

⁴⁴ Si pensi ai luoghi della cultura (un teatro o un cinema colti) che un gestore privato potrebbe ritenere più remunerativo sfruttare commercialmente in altre forme più attraenti per il pubblico (ad esempio, spettacoli commerciali, ecc.). Questo è stato il caso del Teatro Valle di Roma, a cui si è già fatto riferimento. Si confronti S. Pellizzari, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile?*, in *Aedon*, 2010, 1, che racconta: «nella città di Oxford in Inghilterra, una nota catena di fast-food e una celebre compagnia assicurativa esercitano la propria attività nel centro cittadino all'interno di uno degli edifici più antichi, un tempo una locanda, dove anche William Shakespeare ebbe a soggiornare durante un viaggio di ritorno da Londra alla sua città natale. In questo caso solo gli avventori dell'esercizio commerciale e gli impiegati della agenzia possono godere degli affreschi e dei pavimenti originali dell'edificio risalenti al 1182 e situati proprio nelle stanze che ospitarono l'insigne drammaturgo». Si tratta, evidentemente, di uno snaturamento del bene culturale, reso un oggetto di sfruttamento commerciale.

⁴⁵ Per questo, si veda M. Franzini, *I beni comuni: questioni di efficienza ed equità*, in G. Arena e C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012. Sul punto è stato affermato (U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, p. V dell'introduzione) che «quando lo Stato privatizza una ferrovia, una linea aerea o la sanità, o cerca di privatizzare il servizio idrico integrato (cioè l'acqua potabile) o l'università, esso espropria la comunità (ogni suo singolo membro *pro quota*) dei suoi beni comuni (proprietà comune), in modo esattamente analogo e speculare rispetto a ciò che succede quando si espropria una proprietà privata per costruire una strada o un'altra opera pubblica».

ro il valore connesso alla semplice esistenza del bene slegato dalla possibilità di utilizzarlo o meno; nel *valore di lascito*, ovvero il valore attribuito alla possibilità di utilizzo del bene da parte delle generazioni future. Si tratta di utilità che, per varie ragioni diverse dal consumo, l'individuo ottiene di riflesso dall'esistenza stessa del bene.

In alcuni casi, il valore del non uso può essere di gran lunga prevalente rispetto a quello derivante dall'uso diretto del bene. Un elevato valore di *non uso* è stato, ad esempio, riconosciuto ai beni ambientali⁴⁶ e taluni beni culturali nei quali una determinata collettività si identifica per ragioni culturali o storiche (c.d. *beni identitari*).

Per tutti i beni per i quali l'utilità deriva prevalentemente dal non uso il mercato non appare uno strumento adatto a gestirli. Detto in altri termini, una parte rilevante di utilità sociale non può passare per il canale attraverso il quale il mercato registra questi valori, che è il prezzo corrisposto a fronte dell'acquisto o della fruizione. Una gestione privata del bene che si fondasse, attraverso le regole del mercato, sulla sola commercializzazione del valore del bene derivante dall'uso diretto e che, conseguentemente, impedisse alla collettività di godere del valore del non uso, determinerebbe una perdita di benessere complessivo rilevante⁴⁷. Dunque, il mercato potrebbe non essere in grado di tenere conto dei valori di non uso che, rispetto a molti beni comuni, possono essere valori di straordinaria importanza.

d) *La frammentazione dei diritti proprietari e la c.d. tragedia degli anticommons*

Un ulteriore problema si può verificare qualora vi sia un'eccessiva frammentazione dei diritti proprietari sui beni e la creazione di una molteplicità di centri decisionali, tanto in capo ai privati che in capo alla pubblica amministrazione.

Chi detiene una quota di diritti proprietari di un bene a proprietà frammentata può esercitare il proprio diritto di veto determinandone il non utilizzo (o la sotto-utilizzazione) e pregiudicandone l'uso socialmente desiderabile. Ciò determina elevati costi di transazione, la c.d. *tragedia degli anticommons*. Anche in tale

⁴⁶ Ad esempio, si confronti M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, 142. Il valore del non uso è stato riconosciuto espressamente dai tribunali americani in occasione di tragedie ambientali, quali i versamenti di petrolio in mare (l'esempio citato è quello della petroliera Exxon Valdez negli anni 80), che hanno inquinato talune zone delle coste, a seguito delle richieste di risarcimento del danno (derivante dalla perdita di valori di non uso) avanzate da alcuni gruppi ambientalisti che affermavano di vivere peggio in conseguenze di tali catastrofi. Un gruppo di studiosi (tra cui diversi premi Nobel) interpellato dal Tribunale ha affermato che quando si procurano danni di questo genere bisogna indennizzare anche i percettori di valori di non uso che hanno subito un danno rilevante. Sul punto si confronti: M. Franzini, *I beni comuni: questioni di efficienza ed equità*, in G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 67.

⁴⁷ Così, M. Franzini, *I beni comuni: questioni di efficienza ed equità*, in G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 66.

caso, il concetto economico di proprietà prescinde completamente dall'appartenenza formale del bene⁴⁸.

La *tragedia* può verificarsi quando la coesistenza di più diritti di veto crea le condizioni per l'utilizzo subottimale di un bene. Infatti, se il bene è soggetto a una molteplicità di diritti di veto, ciascuno dei titolari di tali diritti (che si comporti da *homo economicus*) sarà incentivato a minacciarne l'uso per ottenere per sé stesso il massimo possibile dallo scambio del bene (comportamenti di c.d. *holding out*). Ciò può impedire che il bene sia scambiato, con conseguente perdita di efficienza collettiva⁴⁹.

Il problema può verificarsi tanto nel caso di frammentazione dei diritti proprietari esercitati da privati⁵⁰ che nel caso di in cui siano esercitati dalla pubblica amministrazione. In tale ultimo caso, può accadere che troppe amministrazioni siano coinvolte nella gestione o nella regolazione del bene ovvero che vi siano troppi centri decisionali all'interno della stessa amministrazione e ciascuno di essi sia in grado di influire sulla gestione complessiva. Accade di frequente, infatti, che una decisione debba essere presa congiuntamente da più autorità pubbliche (ministeri, dipartimenti governativi, autorità indipendenti ecc.) e che ciascuna autorità abbia un diritto di veto. Ciò aumenta notevolmente i costi di decisio-

⁴⁸ F.I. Michelman, *Ethics, Economics, and the Law of Property* in *Ethics, Economics, and the Law* (Nomos series - 24), in *Ethics, economics and the law of property*, "Nomos series", 1982, 24, 1. Esempi di tragedia degli anti-commons sono stati riscontrati nel diritto di veto nei consigli di amministrazione, nei brevetti delle sequenze genetiche, nel software proprietario. La tragedia degli *anticommons* ha un particolare impatto negativo nell'ambito della conoscenza scientifica, a causa dell'attribuzione dei diritti a coloro che apportano delle innovazioni che ha come conseguenza che per utilizzare questa conoscenza sarà necessaria la loro autorizzazione. La conoscenza, nel momento in cui ne sia bloccata la circolazione, non può più contribuire alla creazione di benessere sociale e, perciò è sotto utilizzata. Si pensi, ad esempio, alla conoscenza medica.

⁴⁹ Un diverso caso di *tragedia degli anticommons* è stato osservato quando due beni complementari sono prodotti entrambi in regime di monopolio (J.M. Buchanan, Y.J. Yoon, *Symmetric tragedies: commons and anticommons*, *Journal of Law and Economics*, 2000, 43, 1). Se i due produttori restringono la produzione, causano una esternalità negativa all'altro, che venderà di meno. Il risultato finale sarebbe che la quantità totale dei due beni complementari venduti sarebbe inferiore a quella che sarebbe stata prodotta da un unico monopolista. Anche il profitto complessivo dei due monopolisti risulterebbe minore di quello ottenibile da un unico monopolista.

⁵⁰ L'esempio classico è quello della costruzione di un tratto di una ferrovia che dovrebbe passare su una molteplicità di terreni privati. Se tutti i proprietari fossero in grado di esercitare il diritto di veto, essi sarebbero indotti a tentare di vendere il proprio terreno ad un prezzo ben maggiore di quello del valore reale del bene (facendosi pagare oltre che il valore del bene anche la rinuncia al diritto di veto) e ciò avrebbe la conseguenza probabile che la costruzione della ferrovia sarebbe impedita. Infatti, se il soggetto che intende costruire la ferrovia dovesse negoziare con tutti, ogni proprietario terrebbe il comportamento definito di *holding out*, che consiste nel chiedere la quota massima di *surplus* contrattuale. Per tale motivo, gli ordinamenti statali si riservano il diritto di esproprio. Peraltro, la frammentazione dei diritti proprietari in caso di soggetti privati potrebbe aversi anche nel caso di un unico soggetto titolare di tutti i diritti proprietari ma con frammentazione interna, come nel caso di diritto di veto dei singoli membri del consiglio d'amministrazione di una società.

ne (costi di transazione) e può impedire di prendere la decisione pubblica socialmente desiderabile⁵¹.

La *tragedia degli anticommons*, ricorrendone i presupposti (ovvero la frammentazione dei diritti proprietari), costituisce un'ulteriore criticità dell'intervento pubblico e di quello privato nel governo dei beni comuni⁵².

5. Conclusioni: fiducia e collaborazione come presupposto di forme di partenariato pubblico – privato – comunità

La relazione tra i beni comuni e le comunità ad essi riferite deve considerarsi strategica per gli anni che abbiamo davanti. Lo stesso PNRR⁵³ e l'Agenda Europea 2030⁵⁴, che ne ha ispirato gli obiettivi, fanno riferimento a un'accezione allargata di *capitale umano*, da intendersi nel senso di *capitale sociale* che considera anche le relazioni tra le persone che vivono in una data comunità territoriale⁵⁵. I beni comuni e le comunità ad essi correlate possono diventare centrali anche nel perseguire i processi di *transizione* verso la sostenibilità⁵⁶.

⁵¹ M. Heller, *The tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to markets*, *Harvard Law Review*, 1998, 111, 3. Secondo Heller, gli *anticommons* corrispondono ad «un tipo di proprietà in cui più proprietari detengono i diritti di veto nell'uso di una risorsa scarsa». L'Autore riflette sulla causa della prevalenza di negozi vuoti nella Mosca post-comunista, in contrapposizione al successo dei chioschi sorti sulle strade. I negozi sarebbero sottoutilizzati perché ci sarebbero troppi soggetti che possono esercitare il loro diritto di veto nel dare permessi, autorizzazioni, licenze, ecc. (agenzie governative locali, regionali e federali, lavoratori ecc.)

⁵² La soluzione al problema è stata individuata nel c.d. *fair use* (uso appropriato) del bene. Ad esempio, una raccolta di scritti potrebbe essere pubblicata senza dover chiedere l'autorizzazione ai vari autori, titolari dei vari diritti di *copyright*. Se si dovessero chiedere tutte le autorizzazioni, potrebbero essere messi in atto comportamenti di *holding out*.

⁵³ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) è collegato al programma Next Generation EU (NGEU), «programma di portata e ambizione inedite, che prevede investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale; migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori; e conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale» (Presidenza del Consiglio «Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – Italia domani» – Aprile 2021).

⁵⁴ L'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (*Sustainable Development Goals SDGs*) si fonda su un concetto di sviluppo sostenibile esteso anche alle dimensioni economica e sociale. L'Agenda consiste in 17 obiettivi sostenibili e 169 sotto-obiettivi ad essi associati. Questi obiettivi possono riassumersi nelle c.d. *cinque P*, ovvero: *Person* (eliminare fame e povertà in tutte le forme e garantire dignità e uguaglianza); *Prosperità* (garantire vite prospere e piene in armonia con la natura); *Pace* (promuovere società pacifiche, giuste e inclusive); *Partnership* (implementare l'agenda attraverso solide partnership); *Pianeta* (proteggere le risorse naturali e il clima del pianeta per le generazioni future).

⁵⁵ Tale nozione, come è noto, si fonda su tre elementi specifici: la fiducia reciproca diffusa tra le persone e le loro aggregazioni in tutte le sfere della vita in una comunità territoriale; il sistema di valori e norme di solidarietà condivisi dai membri della comunità territoriale e dalle loro associazioni; la capacità delle associazioni territorialmente fondate di agire su tali valori e norme ed essere politicamente impegnati a perseguire obiettivi di sviluppo.

⁵⁶ Si confronti, G. Fidone, *La cooperazione tra le comunità territoriali quale presupposto della transizione ambientale come bene comune*, in Aa.Vv., *Una collaborazione sostenibile. Come rendere possibile la transizione ambientale partendo dal territorio* (Italiadecide, Rapporto 2021), Bologna, 2021.

In questo contesto, la contrapposizione tra parte pubblica, soggetti privati e comunità nel governo dei beni comuni deve essere superata. La forma più efficiente ed equa di governo dei beni comuni deve essere studiata e calibrata in relazione al caso concreto, senza pregiudizi *a priori*. Alla recuperata centralità della comunità, destinataria dell'utilità che produce il bene da governare e al ruolo essenziale dei cittadini attivi, occorre affiancare la parte pubblica e i privati.

Ciascuno dei soggetti in questione (comunità, parte pubblica e privati *profit* e *non profit*), se lasciato da solo, può essere fallibile. Ciascuno di essi, relazionandosi e cooperando con gli altri, può contribuire a evitare le criticità ricordate in questo contributo, che possono verificarsi se ciascuna parte è lasciata sola.

Il ruolo delle comunità nella gestione dei beni comuni spesso non può coinvolgere molte delle attività connesse al bene, perché troppo onerose. Talvolta la legge demanda certe attività alla pubblica amministrazione⁵⁷. Altre volte, per legge o per la loro natura, alcune attività devono essere svolte da soggetti privati specializzati (*profit* o anche *non profit*). Altre volte, più semplicemente, la gestione privata o pubblica di alcune attività può essere solo opportuna.

In tutti questi casi, la comunità può attivamente partecipare alle scelte pubbliche che riguardano il bene, attraverso forme di partecipazione *propositiva*, che supera quella di natura *difensiva* che caratterizza la l. 241/1990. Può, in quanto depositaria delle informazioni che riguardano il bene comune, assumere un ruolo attivo per evitare i fallimenti dell'intervento pubblico (di scala e di scopo) contribuendo a individuare i reali bisogni e obiettivi. Può, inoltre, esercitare forme di controllo sull'operato della pubblica amministrazione e degli stessi privati, per evitare i problemi di *cattura* e di *porta girevole* già ricordati.

La pubblica amministrazione può assumere il ruolo di creare le condizioni affinché la comunità possa ben operare, favorendo quelle che inducono i suoi componenti a compostarsi in modo cooperativo e ad abbandonare forme di razionalità egoistica (*free raider* e *tragedia*). Con riferimento al ruolo dei privati (*profit* ma anche *non profit*), può garantire il rispetto dell'interesse collettivo, in modo che i beni comuni non vengano snaturati, tenendo conto anche dei valori del non uso.

L'intervento dei privati nel governo dei beni comuni può essere utile e opportuno nei molti casi nei quali essi possono dare un contributo in termini di competenza e specializzazione⁵⁸. Esso si può concretizzare in vari modelli previsti dal nostro ordinamento.

Lo stesso presupposto dell'esclusione dall'uso del bene e conseguente assoggettamento a un prezzo per il suo utilizzo può essere superato. Può essere, ad

⁵⁷ Ad esempio, l'art. 9 della Costituzione demanda la tutela dei beni culturali allo Stato.

⁵⁸ Come osserva ancora in linea generale G. Amato, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, 2022, 40 «constatare i fallimenti del mercato non significa desumere che, quindi, sul mercato non si può più contare».

esempio, fatto riferimento ai casi di finanziamento privato di opera o servizi pubblici (modelli c.d. di *partenariato pubblico – privato – PPP*, disciplinati dalla parte IV del Codice dei Contratti Pubblici). Tali modelli sono lontani dalla logica del normale appalto, dove il committente pubblico paga e l'impresa privata realizza un lavoro o un servizio, e possono essere realizzati senza costi per l'amministrazione o la comunità. Si pensi anche al caso delle sponsorizzazioni in cui il privato offre lavori e servizi in cambio della possibilità di farsi pubblicità o di vendere spazi pubblicitari (c.d. *sponsorizzazioni tecniche*), che non comportano in alcun modo l'esclusione dal bene dei suoi utilizzatori. Anche le fondazioni bancarie possono finanziare progetti di comunità⁵⁹.

Lo stesso ruolo delle imprese è in rapida evoluzione. Molte di esse stanno integrando la sostenibilità nei loro piani strategici, secondo un modello di *impresa responsabile*. Gli stessi obiettivi di sostenibilità del PNRR, che orientano la domanda pubblica in senso sostenibile (che, cioè, tenga conto di obiettivi strategici ambientali, sociali, di distribuzione della ricchezza), richiedono un adeguamento dell'offerta delle imprese. Su tale base, le imprese sono chiamate ad assumere responsabilità sociali, che le allontanano dal modello tradizionale dell'esclusiva ricerca del profitto a tutti i costi. Si pensi anche ai c.d. *spazi collaborativi* attraverso i quali si vengono così a creare «collaborazioni ad ampio raggio tra tutti gli attori che operano in un ecosistema superando non solo i confini organizzativi, ma anche quelli tra pubblico e privato, imprese for profit e soggetti non profit, istituzioni e società civile»⁶⁰.

Si tratta solo di alcuni esempi e molti altri potrebbero essere possibili. In definitiva, la complessità dell'individuazione della migliore forma di governo dei beni comuni, impone di superare schemi che si fondano su presupposti ideologici. Tutti i soggetti ricordati possono e devono agire in modo integrato e coordinato, sulla base di un rapporto collaborativo. Possono, dunque, aversi concretamente soluzioni miste che si fondano sulla interferenza dei tre modelli gestori possibili, ovvero con *diritti divisi* (in forme ed intensità diverse) tra i tre soggetti in que-

⁵⁹ Un caso, ad esempio, è stato quello della Fondazione Monte dei Paschi che nel 2017 ha finanziato patti di collaborazione tra il Comune di Siena e cittadini attivi per la gestione di beni comuni urbani (c.d. progetto *Siena Condivisa*). Si confronti, il sito www.fondazionemps.it.

⁶⁰ F. Montanari, *Gli spazi collaborativi: verso una visione integrata del fenomeno*, in F. Montanari (a cura di), *Spazi collaborativi in azione, creatività, innovazione e impatto sociale*, Milano, 2022). Secondo lo stesso Autore, con il termine *spazio collaborativo* si fa riferimento ad «un ampio e variegato insieme di luoghi di lavoro quali coworking, incubatori, FabLab e hub di innovazioni»; essi hanno l'obiettivo di «offrire uno spazio di lavoro a soggetti (liberi professionisti, remote workers, aziende) che vogliono svolgere la propria attività condividendo con altri lo stesso ambiente fisico, gli stessi servizi e le stesse risorse». Un'impresa privata potrebbe utilizzare un bene comune di appartenenza pubblica per realizzare attività imprenditoriali private valutate compatibili con l'interesse pubblico, con importanti e positive ricadute sul territorio. Alla comunità potrebbe essere lasciato un diritto di accesso (non esclusione) al bene, garantendo determinate attività correlate al medesimo bene. Sul punto, si confrontino i contributi del volume di Montanari sopra citato.

stione. Il grado di coinvolgimento dei diversi soggetti nella gestione del bene può variare caso per caso e in relazione ai diversi beni.

Ciò comporta che la pubblica amministrazione si spogli della sua prerogativa autoritaria che comporta l'assunzione dei tradizionali compiti di comando e controllo, e il rapporto tra le parti avvenga su base paritetica con la *cooperazione* tra diversi attori, secondo forme da adattarsi in modo flessibile al caso concreto. A tale fine occorre recuperare la *fiducia* tra i tre poli della collaborazione e superare le diffidenze che, purtroppo, troppo spesso caratterizzano i rapporti pubblico – privato – comunità. Ciascuna delle parti può esercitare nei confronti delle altre una funzione di *pungolo* (*spinta gentile* – *nudge*⁶¹) affinché la gestione del bene risulti *efficiente e sostenibile*. In tale senso, probabilmente, dovrebbe essere ripensata anche la stessa nozione di amministrazione condivisa.

⁶¹ R.H. Thaler, C.R. Sustein, *Nudge: improving decisions about health, wealth and Happiness*, in italiano *La spinta gentile*, Milano, 2009. Richard Thaler ha vinto il premio Nobel per l'Economia del 2017. Nel nostro Paese, lo studio dei comportamenti applicato alla pubblica amministrazione comincia a prendere piede. Si confronti il recente volume di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri (a cura di), *Dalle regole ai comportamenti – conversazioni in tema di amministrazione e persuasione*, Milano, 2022..

Il coinvolgimento del settore privato nell'amministrazione condivisa dei beni comuni: un patto tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione

È stato ritenuto da molti che la “restituzione” dei beni comuni alle comunità, attraverso forme di Amministrazione Condivisa, debba necessariamente contrapporsi all'intervento pubblico o privato. Anche la pronuncia della Corte Costituzionale del 26 giugno 2020 n. 131, che per la prima volta ha fatto riferimento all'amministrazione condivisa, sembra aderire a tale impostazione.

In senso contrario, occorre osservare che tutte le forme di gestione del bene (pubblica, privata, comune) se lasciate sole appaiono fallibili. Il diritto di proprietà non è un diritto monolitico, da assegnarsi necessariamente a un unico soggetto, ma un fascio di diritti e di utilità divisi (c.d. *proprietà frammentata*) che possono essere assegnati a soggetti diversi in grado di cooperare tra loro per la migliore gestione complessiva del bene.

In particolare, l'intervento privato (nelle forme *profit* e *non profit*) può essere utile ed opportuno e non necessariamente deve fondarsi sull'esclusione della comunità dall'accesso al bene e al conseguente assoggettamento ad un prezzo. L'Amministrazione Condivisa potrebbe, dunque, fondarsi su un *patto* tra parte pubblica, comunità e privati, fondato sulla fiducia e collaborazione.

Private sector involvement in the shared administration of the commons: a pact between public, private and community based on trust and collaboration

It has been held by many authors that the “restitution” of common goods to communities, through forms of Shared Administration, must necessarily be opposed to public or private intervention. Even the Constitutional Court's ruling of June 26, 2020 No. 131, which for the first time referred to Shared Administration, seems to adhere to this approach.

To the contrary, it should be noted that all forms of asset management (public, private, shared) if left alone appear fallible. The right to property is not a monolithic right, necessarily to be assigned to a single subject, but a bundle of divided rights and utilities (so-called fragmented property) that can be assigned to different subjects capable of cooperating with each other for the best overall management of the asset.

In particular, private intervention (in profit and nonprofit forms) can be useful and appropriate and need not be based on the exclusion of the community from access to the asset and subsequent subjection to a price. Shared Administration could, therefore, be based on a pact between the public, community and private parties based on trust and collaboration.

Strumenti contrattuali per la Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica»: il ruolo degli *energy performance contracts*

Elisa Valeriani

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della politica ambientale ed energetica. – 1.1. La strategia del «Dispositivo per la ripresa e resilienza»: una risposta dopo l'emergenza epidemiologica ed economica. – 2. PNRR, economia multidimensionale e costo della transizione: una nota tra diritto e economia. – 3. Il ruolo degli *energy performance contracts* per il raggiungimento degli obiettivi della Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica». – 4. Conclusioni.

1. L'evoluzione della politica ambientale ed energetica

Gli eventi degli anni più recenti hanno reso evidente la necessità di concentrare l'attenzione dei *policy makers* sulla politica energetica come strumento attraverso il quale perseguire gli obiettivi di riduzione degli impatti ambientali. La contrazione dei consumi energetici è un obiettivo che attraversa e influenza trasversalmente non soltanto il settore ambientale ma anche quello della politica industriale e, più in generale, della crescita economica. Poiché lo sviluppo economico e quello tecnologico non possono prescindere dall'uso delle fonti energetiche si tratta quindi di definire nuovi paradigmi industriali che se da un lato consentono di mantenere inalterati gli obiettivi di sviluppo, dall'altro richiedono un sacrificio nei consumi di fonti energetiche tradizionali. Per questa ragione è stato posto l'accento sugli investimenti nelle fonti rinnovabili, come metodo alternativo di produzione energetica, anche se è ormai ben noto che nella fase di transizione, senza un contestuale sforzo per la riduzione dei consumi, le sole fonti rinnovabili non potranno garantire una radicale soluzione bensì, esclusivamente, un parziale rallentamento dei consumi stessi.

1.1. *La strategia del «Dispositivo per la ripresa e resilienza»: una risposta dopo l'emergenza epidemiologica ed economica*

Nel dicembre 2020 mentre l'Europa rafforzava il proprio impegno per combattere i cambiamenti climatici diveniva particolarmente rilevante la crisi epidemiologica da Covid-19 che avrebbe poi condizionato le agende politiche delle istituzioni europee e nazionali.

L'emergenza sanitaria diveniva quindi la priorità di tutti i governi europei che si vedevano costretti ad attuare misure stringenti volte al contenimento della sua diffusione, misure il cui riflesso immediato si è verificato sul piano economico e sociale, innescando una fase economica recessiva che ha coinvolto sia le economie post-industriali che quelle emergenti. È certo possibile affermare che l'emergenza da Covid-19 ha rimesso in discussione non soltanto i sistemi sanitari ma, in modo forse ancora più significativo, l'intera architettura delle politiche economiche e sociali dei Paesi europei e della stessa Unione europea.

I paradigmi comunitari del contenimento della spesa pubblica e della integrazione dei processi produttivi degli Stati membri si sono mostrati inadeguati a rispondere ad una grave crisi che ha innescato un processo di recessione anticiclica e ha rivelato le fragilità del sistema di protezione sociale dell'Unione. Allo stesso modo anche il sistema di solidarietà tra gli Stati si è rivelato poco concreto e alla prova della crisi sanitaria i processi decisionali comunitari si sono mostrati inefficaci nel coordinamento delle decisioni dei singoli Paesi membri, i quali soprattutto nella prima fase emergenziale hanno agito in modo autonomo e finanche egoistico.

In una condizione di crisi sanitaria, economica e sociale anche le istituzioni comunitarie e nazionali hanno mostrato la loro inadeguatezza e gli strumenti di attuazione delle loro politiche inadatti a rispondere efficacemente e con celerità ad una emergenza così rilevante e pervasiva¹. Saltato l'approccio della cosiddetta "soft law"² europea gli Stati si sono visti costretti ad utilizzare strumenti legislativi

¹ Il caso italiano risulta emblematico della inadeguatezza degli strumenti legislativi a rispondere all'emergenza Covid-19, così, per tutti, F. Spannicciati, *Covid-19 e l'emersione di un sistema amministrativo parallelo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 309, «dal primo giorno del mese (di marzo) a domenica 29 marzo si susseguono: 5 Decreti Legge, 7 d.p.c.m. e una delibera del CDM, 11 ordinanze della Protezione civile, 10 decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero della salute; 5 ordinanze e un decreto del Ministro della salute accompagnate da molteplici circolari tecniche, una direttiva e una circolare del Ministero dell'interno, un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, una sequenza estremamente estesa di ordinanze regionali, ormai comuni a tutta Italia, e, per la prima volta, anche svariate ordinanze dei sindacati». A questa elencazione dell'Autore andrebbero poi aggiunte le sei ordinanze emanate dal commissario straordinario per l'emergenza Covid-19 nel medesimo periodo di tempo.

² A partire dal Trattato di Lisbona il metodo comunitario della *soft law*, consistente in meccanismi di carattere non cogente c.d. "metodo del coordinamento aperto" ha sostituito il metodo comunitario della c.d. "hard law".

ordinari per rispondere ad eventi straordinari³, istituendo, in alcuni casi, strutture emergenziali *ad hoc* fortemente centralizzate e verticistiche⁴ per sostituire una organizzazione amministrativa priva delle risorse umane, tecnologiche ed economiche idonee a soddisfare i nuovi bisogni⁵.

Constata l'inefficacia delle politiche europee nel rispondere alla crisi, le istituzioni UE si sono trovate nella necessità di ripensare il proprio approccio alle politiche comunitarie a partire dal paradigma della politica economica europea di contenimento della spesa pubblica e di riduzione del rapporto deficit/pil degli Stati membri. A pochi mesi dall'esordio della pandemia da Covid-19 la Commissione europea ha elaborato e proposto lo strumento per la ripresa *Next Generation EU* (NGEU)⁶ i cui fondi sono distribuiti attraverso il «Dispositivo europeo per la ripresa e resilienza», disponendo, inoltre, l'utilizzo del c.d. «MFF – *Multi-annual Financial Framework*» che su base pluriennale prevede un rafforzamento del bilancio dell'UE per il periodo 2020 – 2027. Il «Dispositivo» è un meccani-

³ La scienza giuridica italiana, ed in particolare gli studiosi di diritto costituzionale ed amministrativo, fin dagli esordi dell'epidemia si è interrogata sui suoi effetti giuridici elaborando numerose e importanti riflessioni volte a rispondere ad alcuni temi essenziali: il bilanciamento dei diritti (o dei valori) nella dicotomia diritto alla salute (alla vita) – diritti di libertà –, interrogandosi sulla gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti e sul diritto alla vita o, meglio, alla vita dignitosa; il diritto alla giustizia per l'incidenza delle misure restrittive sull'attività processuale; le fonti del diritto dell'emergenza e la coerenza degli strumenti normativi con il sistema delle fonti; l'appropriatezza e coerenza degli strumenti normativi ed amministrativi apprestati; il rapporto tra istituzioni centrali e locali, o ancora comunitarie, nella risposta all'emergenza, fino a identificare un «neo-diritto del virus». Cfr. *ex multis* S. Cassese, *Il neo-diritto del virus*, in *Il Foglio*, 5 maggio 2020 e successivamente a M. Gnes «neo-diritto dell'emergenza», in *Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, 297; sul bilanciamento dei diritti M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2020, 2 e, anche, B. Caravita, *L'Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione Italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 6.

⁴ In Italia è stata istituita la figura del Commissario Straordinario che, nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, a mente dell'articolo 122 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, attua e sovrintende ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria e adotta in via d'urgenza i provvedimenti, di natura non normativa, necessari. Tali provvedimenti possono essere adottati in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le misure adottate devono essere in ogni caso adeguatamente proporzionate alle finalità perseguite. Si tratta di un commissario che si coordina con il Capo del Dipartimento della Protezione civile, si avvale per il suo tramite, delle componenti e delle strutture operative della stessa protezione civile e opera attraverso l'adozione di ordinanze con caratteristiche del tutto analoghe per attribuzioni e contenuti alle ordinanze contingibili e urgenti disciplinate dall'art. 25 del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1.

⁵ Per una riflessione sulla frammentazione dell'amministrazione cfr. S. Cassese, *Lo stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, 2, 467 ss.

⁶ Il fondo da 750 miliardi di euro c.d. «*Next Generation EU*» è stato proposto dalla Commissione europea il 27 maggio 2020, tra i mesi di luglio e novembre dello stesso anno sia gli Stati membri che Parlamento europeo e Consiglio hanno raggiunto un accordo sul pacchetto di finanziamenti. Il 16 dicembre 2020 il Parlamento europeo ha approvato il Regolamento sul quadro finanziario pluriennale che istituisce il «Dispositivo per la ripresa e la resilienza» (*Recovery and Resilience Facility* RRF), Reg. 2021/241, in Italia pubblicato su Gazzetta Ufficiale dell'UE il 18 febbraio 2021. Le risorse RRF destinate all'attuazione del dispositivo prevedono un importo complessivo fino a 312 miliardi per il sostegno finanziario non rimborsabile e per 360 miliardi per il prestito agli Stati membri. Le ulteriori risorse sono attuate attraverso il Pacchetto di Assistenza alla Ripresa per la Coesione i Territori d'Europa (REACT-EU).

simo di prestito che, attraverso l'emissione di debito sul mercato, finanzia le iniziative degli Stati membri che intendano ricorrervi⁷. Il *Next Generation* è a tutti gli effetti il piano più ambizioso che l'Unione europea abbia varato per i propri membri successivamente alla conclusione del processo di integrazione commerciale, generato dalla esperienza maturata attraverso la programmazione dei fondi comunitari di durata settennale e dei programmi specifici quali Horizon 2020; infatti l'impianto *Next Generation* riprende queste esperienze e le riconduce all'interno di un meccanismo che ha nell'orizzonte di medio – lungo periodo una delle sue caratteristiche principali.

L'impianto del progetto europeo è stato considerato un «passaggio storico nel processo di integrazione europea»⁸ perché muta, almeno parzialmente, la strategia che fino a quel momento l'Unione europea si era imposta per giungere alla costruzione di un bilancio comune escludendo di finanziarsi con il ricorso al mercato.

In primo luogo, si è di fronte ad un impegno particolarmente ingente che si muove su un arco temporale di medio-lungo periodo: non si tratta quindi di un finanziamento temporaneo volto a rispondere con urgenza ad un fatto specifico. Da questo punto di vista la pandemia ha rappresentato il momento in cui si è reso necessario mettere in discussione e ripensare le politiche europee per poter rispondere a problemi di natura trasversale e, per questa ragione, di difficile soluzione.

In secondo luogo, come si può evincere chiaramente dalle norme del Regolamento 2021/241, davanti alla pandemia, il modello di integrazione europea che aveva visto prevalere l'impostazione rigorosa dei Paesi del nord Europa⁹, avendo rivelato i suoi forti limiti sia sociali che economici, per la prima volta viene superato a favore di un approccio che individua negli investimenti pubblici una spinta alla crescita economica¹⁰ e nella spesa pubblica non necessariamente una cri-

⁷ Con la conversione in legge del d.l. 31 dicembre 2020 n. 183, disposta dalla l. 26 febbraio 2021 n. 21, il Parlamento italiano ha dato esecuzione alla Decisione del Consiglio n. 2020/2053.

⁸ Cfr. Commissioni congiunte V, VI, XIV, Senato della Repubblica, *Audizione del Ministro dell'Economia e delle Finanze Daniele Franco nell'ambito dell'esame del Doc. XXVII, n. 18 (proposta di piano nazionale di ripresa e resilienza)*, Roma, 8 marzo 2021.

⁹ L'impostazione dei Paesi del nord Europa volta a far prevalere la riduzione dell'indebitamento attraverso tagli drastici alla spesa pubblica, rispetto a una visione maggiormente focalizzata sui bisogni, ha generato forte scetticismo nella cittadinanza del sud Europa nonché i conseguenti movimenti anti Europeisti.

¹⁰ Cfr. Considerando 7 Reg. 2021/241 «Le esperienze del passato hanno dimostrato che gli investimenti sono spesso soggetti a tagli drastici durante le crisi. È tuttavia essenziale sostenere gli investimenti in questa particolare situazione per accelerare la ripresa e rafforzare il potenziale di crescita a lungo termine. Un mercato interno ben funzionante e investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca, inclusi quelli per un'economia basata sulla conoscenza, nella transizione verso l'energia pulita e nella promozione dell'efficienza energetica nell'edilizia abitativa e in altri settori economici fondamentali dell'economia sono importanti per conseguire una crescita giusta, inclusiva e sostenibile, contribuire alla creazione di posti di lavoro e raggiungere la neutralità climatica dell'UE entro il 2050».

ticità europea ma – qualora sia rivolta a riforme strutturali – un meccanismo di rilancio dell'economia.

Riprendendo e rafforzando l'esperienza della programmazione dei fondi strutturali e dei progetti settoriali, la Commissione europea, con il *Next Generation*, ha disegnato un meccanismo di accesso ai fondi che prevede un forte controllo sia in fase di definizione dei progetti che di monitoraggio della spesa e rendicontazione, disponendo misure di sospensione totale o parziale dei finanziamenti nel caso in cui, durante la fase di implementazione del «Dispositivo», lo Stato membro non adotti misure di politica economica volte a correggere il disavanzo eccessivo (art. 10).

Il Regolamento individua all'interno delle materie di competenza europea sei settori di intervento¹¹ che, tuttavia, debbono essere coordinati da un piano di riforme strutturali volte a colmare le debolezze strutturali dei Paesi; l'impostazione è dunque chiara: un forte coordinamento a livello europeo e progetti nazionali credibili e dettagliati che definiscano anche le modalità operative del Piano. In questo senso, quindi, gli Stati membri sono chiamati a scegliere le tipologie di finanziamento e le modalità di attuazione sulla base della loro valutazione circa la capacità di conseguire effettivamente gli obiettivi specifici che sono stati fissati¹².

Il contributo massimo disponibile per ogni Stato membro viene calcolato sulla base di alcuni parametri tra loro combinati: popolazione, PIL pro capite, PIL reale e tasso di disoccupazione; ancora, per accedere ai prestiti per l'attuazione del Piano, ogni Stato membro deve presentare un piano di ripresa e resilienza corredato da puntuali giustificazioni dei fabbisogni finanziari, indicazione delle riforme e degli investimenti supplementari che intende realizzare oltre ad un calcolo del maggior costo del piano rispetto ai contributi assegnati.

È lo Stato membro che nel disegnare il proprio piano per la ripresa e la resilienza definisce gli investimenti necessari e, di conseguenza, indica oltre all'ammontare finanziato non rimborsabile l'eventuale ammontare del prestito richiesto.

Nella logica dello stretto coordinamento delle azioni e degli obiettivi indicati dai singoli Stati membri la Commissione valuta i piani di ripresa e resilienza nazionali, formula osservazioni e richieste di integrazione e determina l'importo assegnabile sulla base di una valutazione sulla "pertinenza, efficacia, efficienza e coerenza" del piano stesso; successivamente il Consiglio approva la valutazione

¹¹ Il Regolamento che istituisce il Dispositivo precisa all'art. 4 che l'obiettivo generale è «promuovere la coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e di potenziale crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne, contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali [...] *[omissis]*» e definisce al precedente articolo 3 i sei "pilastri" di intervento: «Transizione verde; trasformazione digitale; occupazione e crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza; politiche per la prossima generazione, comprese istruzione e competenze».

¹² Cfr. Considerando 18, Reg. 2021/241.

del piano stabilendo l'importo del finanziamento e l'eventuale importo del prestito e delle sue modalità di rimborso. Il contributo finanziario è erogato a rate sulla base dell'avanzamento dei progetti e delle riforme stabilite nel piano stesso¹³.

Tra i sei settori di intervento di competenza europea, come si evince anche dall'art. 3 del Regolamento 2021/241, assume un ruolo cruciale l'obiettivo della "rivoluzione verde" volto a consentire il raggiungimento dei parametri fissati dall'Accordo di Parigi per il 2030, che prevedono di dedicare il 30% della spesa di bilancio dell'Unione al sostegno degli obiettivi climatici; per fare questo il Regolamento stabilisce che un minimo del 37% degli importi previsti dal Piano debbono essere necessariamente dedicati alla transizione ambientale¹⁴.

A seguito dell'adozione del Regolamento 2021/241 e della conclusione del percorso europeo gli Stati membri hanno attivato il proprio iter legislativo ed amministrativo per addivenire alla approvazione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza.

In Italia il 15 settembre 2020 il Governo ha presentato al Parlamento la proposta di «Linee Guida» per la definizione del «Piano nazionale di ripresa e resilienza», il 12 ottobre 2020 è stata presentata la «Relazione della Commissione Bilancio, tesoro e programmazione» che, esaminata dalle assemblee di Camera e Senato, ha dato luogo all'approvazione di due risoluzioni (6-00138 e 6-00134).

Il 15 gennaio 2021 l'Italia ha presentato alla Commissione europea il proprio Piano nazionale di ripresa e resilienza¹⁵. Tuttavia, a seguito della prima analisi della Commissione europea e degli uffici e istituzioni nazionali chiamati ad esprimere parere – seppur non vincolante – il Piano è stato interamente ripensato sia negli obiettivi che nei progetti e nella distribuzione delle risorse finanziarie. Una volta completamente rivisto il nuovo Piano nazionale è stato trasmesso

¹³ Cfr. Articoli 19 e 20 del Reg. 2021/241.

¹⁴ Cfr. Considerando 23, Reg. 2021/241

¹⁵ I contenuti essenziali del primo Piano presentato dall'Italia (Governo Conte II) erano i seguenti: sei Missioni («Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura» per 46,3 miliardi di euro, pari al 21 per cento delle risorse totali del Piano; «Rivoluzione verde e transizione ecologica» per 69,8 miliardi di euro, pari al 31 per cento delle risorse totali del Piano; «Infrastrutture per una mobilità sostenibile» per 31,98 miliardi di euro, pari al 14 per cento delle risorse totali del Piano; «Istruzione e ricerca» 28,49 miliardi di euro, pari al 13 per cento delle risorse totali del Piano; «Inclusione e coesione» per 27,6 miliardi di euro, pari al 12 per cento delle risorse totali del Piano e, infine, «Salute» 19,72 miliardi di euro, pari al 9 per cento delle risorse totali del Piano. Le sei Missioni contengono sedici "componenti" e sono articolate, a propria volta, in quarantotto "Linee di intervento". Le tre priorità trasversali del Piano sono individuate in Parità di genere, Giovani e Riequilibrio territoriale. Tali priorità trasversali sono perseguite in modo diffuso nell'ambito di tutte le Missioni del Piano. La previsione complessiva di spesa ammontava a 223,91 miliardi di euro – di cui 210,91 miliardi tramite il *Recovery and Resilience Facility* (RRF), e 13 miliardi tramite il REACT-EU – ed eccedeva di 14,45 miliardi l'ammontare complessivo delle risorse europee spettanti all'Italia nell'ambito di tale dispositivo, pari a 196,6 miliardi, di cui 127,6 miliardi di prestiti e 68,9 miliardi di sovvenzioni. Il Piano italiano prevedeva poi un aumento della spesa a 311,9 miliardi così finanziata: 7,9 miliardi di fondi strutturali e 80 miliardi a valere sulla programmazione di bilancio per il periodo 2021-2026; si prevedevano poi ulteriori risorse a valere sul Fondo sviluppo e coesione per 21,2 miliardi.

dal Governo al Parlamento e, infine, il 30 aprile 2021 – ultimo giorno disponibile a mente del Regolamento 2021/241 – il testo definitivo¹⁶ è stato trasmesso alla Commissione europea. Il 22 giugno 2021 la Commissione europea ha pubblicato la «proposta di decisione» di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione del PNRR Italia¹⁷.

Ai sensi dell'art. 20 del Regolamento 2021/241 con la Decisione di esecuzione n. 10161/21 del 13 luglio 2021 il Consiglio ha approvato la valutazione positiva del PNRR italiano e ha definito in dettaglio, sia per gli investimenti che per le riforme, gli obiettivi e i traguardi che dovranno essere raggiunti per ottenere le risorse assegnate¹⁸.

Dopo aver presentato al Parlamento italiano la prima Relazione sullo stato di attuazione del PNRR, il 28 dicembre 2021 il Governo italiano e la Commissione europea hanno siglato gli «*Operational Agreement*» ovvero i documenti tecnici che fissano i meccanismi di verifica interinali degli obiettivi e dei traguardi al fine di ottenere le rate semestrali di finanziamento; conseguentemente il 30 dicembre il Governo ha inviato alla Commissione la richiesta del pagamento della prima rata dei fondi del Piano.

Ai fini della attuazione del Piano, l'Italia ha inoltre adottato numerose disposizioni legislative volte a integrare le risorse europee con risorse complementari¹⁹, disegnare la *governance* del Piano, semplificare le procedure ad evidenza pubblica e gli oneri burocratici²⁰, implementare le strutture amministrative per l'attuazione del piano²¹, oltre all'adozione di diverse ulteriori disposizioni volte a conseguire gli obiettivi del Piano²².

Il disegno del Piano²³ adottato dall'Italia si muove lungo tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione; transizione ecologica e inclusione sociale e tre priorità trasversali: «Parità di genere»; «Giovani» e «Sud e riequilibrio territoriale». Il Piano prevede sei missioni strategiche – di fatto soltanto parzialmente modificate rispetto alla prima versione del Piano stesso

¹⁶ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - *#nextgenerationeu* – Italia Domani.

¹⁷ Cfr. COM(2021) 344 accompagnato dal Documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD(2021) 165 e dall'Allegato tecnico.

¹⁸ Il 13 agosto 2021 la Commissione europea ha erogato all'Italia l'importo di 24,9 miliardi a titolo di prefinanziamento.

¹⁹ D.l. 6 maggio 2021 n. 59 convertito con modificazioni dalla l. 1 luglio 2021 n. 101.

²⁰ D.l. 31 maggio 2021 n. 77 convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021 n. 108 e d.l. 6 novembre 2021 n. 152 convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021 n. 233.

²¹ D.l. 9 giugno 2021 n. 80 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021 n. 113.

²² Tra le tante si ricordano in questa sede la l. 27 settembre 2021 n. 134 di riforma del processo penale e la legge 26 novembre 2021 n. 206 di riforma del processo civile.

²³ Per una ricognizione puntuale del PNRR Italia si veda Senato della Repubblica, Camera dei deputati, *Monitoraggio dell'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, Dossier XVIII Legislatura, Documentazione di finanza pubblica 28/3, spec. § 21 *traguardi e gli obiettivi da conseguire entro il 31 dicembre 2021*.

– «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo»; «Rivoluzione verde e transizione ecologica»; «Infrastrutture per una mobilità sostenibile»; «Istruzione e ricerca»; «Coesione e Inclusione» e «Salute»²⁴, di cui le prime due missioni impegnano, coerentemente con le indicazioni della Commissione europea, circa il 50% delle risorse finanziarie. Ogni «Missione» identifica le «linee di investimento» e le «riforme settoriali».

Il Piano nell'intenzione del Governo italiano è stato disegnato per affrontare sia problemi macroeconomici e ritardi strutturali del Paese che per rispondere alle Raccomandazioni specifiche²⁵ rilasciate ogni anno dal Consiglio europeo all'Italia; per questa ragione oltre agli investimenti sono previste numerose riforme di cui alcune sono considerate trasversali a tutte le «Missioni» del Piano – c.d. “riforme orizzontali o di contesto” – altre funzionali a rimuovere gli ostacoli nella realizzazione del Piano – c.d. “riforme abilitanti” – e, altre ancora, riforme che interessano specifici settori e coinvolgono singole Missioni – c.d. “riforme settoriali”.

In considerazione della storica difficoltà italiana nella capacità di spendere e rendicontare le risorse europee, una criticità potenziale particolarmente significativa riguardava la gestione delle risorse finanziarie del Piano all'interno dell'organizzazione amministrativa italiana. Per questa ragione particolare attenzione è stata rivolta alla costruzione di un sistema amministrativo – di *governance* – del PNRR che potesse rispondere alla necessità di avere certezza dell'avanzamento degli investimenti e conseguentemente della capacità di spesa attraverso sistemi di monitoraggio e di rendicontazione della spesa.

Il decreto-legge n. 77/2021 istituisce quindi l'impianto di *governance* del Piano. Si tratta di un meccanismo multilivello con un forte coordinamento e controllo a livello centrale: infatti la responsabilità della sua attuazione è assegnata alla Presidenza del Consiglio dei ministri con l'istituzione di una «Cabina di regia» che ha poteri di indirizzo politico, di impulso e di coordinamento. La Cabina di regia è presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e, di volta in volta, partecipano i soggetti istituzionali interessati (Ministri, Sottosegretari, Presidenti di Regione o altri soggetti attuatori); a supporto della sua attività è stata, inoltre, istituita una segreteria tecnica che, di fatto, poiché la sua durata si protrae sino al 2026, garantisce il monitoraggio tecnico dell'attuazione del Piano.

²⁴ L'allocazione delle risorse finanziarie, incluse quelle di provenienza del fondo complementare, è così ripartita: «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» 49,86 miliardi di euro; «Rivoluzione verde e transizione ecologica» 69,94 miliardi di euro; «Infrastrutture per una mobilità sostenibile» 31,46 miliardi di euro; «Istruzione e ricerca» 33,81 miliardi di euro; «Coesione e Inclusione» 29,83 miliardi di euro e «Salute» 20,23 miliardi di euro.

²⁵ Cfr. «Recommendation for a Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy» COM/2020/512 final e «Council Recommendation of 9 July 2019 on the 2019 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2019 Stability Programme of Italy» ST/10165/2019/INIT.

Rimangono ferme le competenze del Comitato interministeriale per la transizione verde e del Comitato interministeriale per la transizione digitale²⁶ che sugli interventi del PNRR nelle materie di propria competenza svolgono funzioni di coordinamento tecnico oltre che di impulso e di indirizzo.

Presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri è stata, inoltre, istituita una unità di missione che, così come la segreteria tecnica, si protrae sino al 2026 ed ha il compito di individuare gli ostacoli all'attuazione del Piano derivanti dalla normativa vigente e di elaborare un programma di azioni prioritarie volte alla razionalizzazione e revisione normativa.

Il decreto-legge ha istituito, inoltre, un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale che – composto dai rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, degli enti locali, delle categorie produttive e sociali, delle università e della società civile – ha funzioni consultive nelle materie connesse all'attuazione del Piano.

Il monitoraggio e la rendicontazione del Piano sono stati affidati alla Ragioneria generale dello Stato presso la quale è stato istituito il Servizio centrale per il PNRR che coordina operativamente, monitora e rendiconta il PNRR e rappresenta il punto di contatto nazionale con le istituzioni europee. Il Servizio è responsabile anche del fondo di rotazione del *Next Generation EU* e dei flussi finanziari, oltre che del monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti.

Il Servizio raccoglie i dati provenienti dalle Amministrazioni centrali alle quali è affidata la titolarità del coordinamento delle attività di gestione degli interventi di propria competenza oltre al loro monitoraggio, alla rendicontazione e al controllo.

Inoltre, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, è stato istituito l'ufficio – indipendente dal punto di vista funzionale rispetto alle strutture coinvolte nella gestione del PNRR – di *audit* del PNRR, mentre una unità di missione²⁷ presso lo stesso Ministero provvede alla valutazione *in itinere* ed *ex post* del PNRR; resta, infine, di competenza della Corte dei conti il controllo sulla gestione ed in particolare la valutazione di economicità, efficienza ed efficacia dell'acquisizione e dell'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi PNRR.

L'impianto di gestione del PNRR prevede poi la possibilità di rafforzare le strutture amministrative chiamate ad attuare gli interventi: oltre alla funzione di Sogei SpA, che è chiamata ad assicurare il supporto tecnico e funzionale all'amministrazione economico-finanziaria per l'attuazione del PNRR, sono pre-

²⁶ Istituiti con d.l. 1 marzo 2021 n. 22, agli articoli 4 e 8.

²⁷ L'Unità di missione è stata istituita ai sensi dell'articolo 1, comma 1050 della l. 30 dicembre 2020 n. 178 (legge finanziaria 2022) presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, con compiti di coordinamento, raccordo e sostegno delle strutture del medesimo Dipartimento a vario titolo coinvolte nel processo di attuazione del programma *Next Generation EU*.

viste modalità di reclutamento e conferimento di incarichi professionali sia da inquadrare presso le amministrazioni centrali titolari di interventi – oltre che alla Ragioneria di Stato – sia presso le amministrazioni pubbliche titolari di interventi che potranno, anche soltanto per il periodo di attuazione del Piano, raddoppiare le percentuali previste per l’attribuzione di incarichi dirigenziali a soggetti esterni alla pubblica amministrazione o a dirigenti provenienti da altre amministrazioni.

Il meccanismo di attuazione del Piano prevede che alla realizzazione degli interventi provvedano i “soggetti attuatori” ovvero le singole Amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome, e gli enti locali, sulla base delle proprie competenze istituzionali o della diversa titolarità degli interventi previsti dal PNRR, anche attraverso soggetti attuatori esterni o tramite le proprie società *in house*.

In coerenza con il Regolamento 2021/241 e, sulla base dell’esperienza italiana pregressa in special modo nel settore ambientale²⁸, particolare attenzione è stata attribuita dal legislatore al sistema di intervento nel caso in cui i soggetti attuatori non rispettino gli impegni di attuazione dei progetti per inerzia, ritardo o difformità nella loro esecuzione. Pertanto, si è previsto l’esercizio del potere sostitutivo da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri che, su proposta della «Cabina di regia» o del Ministro competente, dopo aver assegnato termine per provvedere al soggetto attuatore, qualora perduri l’inerzia, individua l’amministrazione, l’ente, l’organo o l’ufficio o il commissario *ad acta* al quale attribuisce in via sostitutiva il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari o di provvedere all’esecuzione dei progetti. I soggetti nominati in sostituzione provvedono con ordinanze motivate in deroga ad ogni disposizione di legge fatta salva la riserva di legge, il rispetto delle norme penali e delle disposizioni del decreto legislativo 159/2011 (Codice antimafia e misure di prevenzione). Si tratta di ordinanze immediatamente efficaci adottate previa autorizzazione della «Cabina di regia».

L’impianto di attuazione del Piano ha previsto inoltre meccanismi di superamento del diniego, dissenso o dell’opposizione di un organo statale o di una regione o ente locale che possa precludere la realizzazione di un progetto: in questo caso è la Segreteria tecnica istituita a supporto della cabina di regia competente a proporre al Presidente del Consiglio dei Ministri di sottoporre al Consiglio dei Ministri, nel caso di organo statale, o alla Conferenza permanente Stato-Regioni un meccanismo di superamento del dissenso.

La scienza giuridica si è recentemente interrogata²⁹ sul grado di vincolatività che assume il Piano in considerazione del fatto che, proprio per i numerosi

²⁸ Sulla “proliferazione” degli interventi sostitutivi in materia ambientale si veda F. De Leonadis, *Interventi sostitutivi a tutela dell’ambiente*, in *Il diritto dell’economia*, 2020, 66, n. 103, 105 ss.

²⁹ Secondo M. Clarich, si tratta di una pianificazione a valenza principalmente se non esclusivamente politica perciò «con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione», cfr. M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*,

ambiti interessati dagli interventi, assorbirà molta parte dell'attività normativa ed amministrativa degli Stati, in un «maxi procedimento euro-nazionale»³⁰; da questo punto di vista non si può che concordare con coloro che ritengono che proprio la possibilità, in caso di mancato rispetto di *milestone* e *target*, di sospendere o negare la corresponsione della rata di finanziamento è indizio di un «vincolo stringente che pone in discussione gli equilibri stessi della forma di governo, rafforzando le strutture di coordinamento e ponendo in competizione tra loro le istituzioni nazionali» alle quali sono richieste nuove prestazioni³¹.

2. *PNRR, economia multidimensionale e costo della transizione: una nota tra diritto e economia*

Il Dispositivo di ripresa e resilienza ideato dall'UE rappresenta in un certo qual modo una sintesi della lunga esperienza europea nella programmazione e gestione di strumenti finanziari sia multisettoriali (fondi strutturali), sia su linee verticali (*i.e.* «*Horizon 2020*»).

La caratteristica peculiare di identificare in ambiente e digitalizzazione le due aree di intervento, trasversali e a competenza concorrente, destinatarie dell'ammontare più significativo delle risorse rende l'attuazione di questo strumento particolarmente complessa.

Da una parte è indubbio che il dispositivo di ripresa e resilienza sia una evoluzione significativa rispetto all'esperienza precedente, poiché supera il modello di sviluppo europeo centrato, quasi esclusivamente, sulla crescita economica e sulla integrazione commerciale, che in alcuni momenti è parso mettere in ombra il pilastro della politica sociale e della inclusione. La sostenibilità del modello di crescita, più volte richiamata nei documenti europei, è infatti rimasta per lungo tempo, forse anche in ragione della indeterminatezza del concetto giuridico, un elemento astratto che soltanto recentemente, a seguito dell'emergere di nuovi bisogni energetici, dell'evoluzione tecnologica e sociale e della emergenza epidemiologica, ha trovato una propria ragion d'essere. Infatti il tema della sostenibilità, sociale ed economica oltre che ambientale, dell'UE ha posto le stesse istituzio-

in *ASTRID – Rassegna*, 2021, n. 12, 11 s.; secondo altri autori si tratta, invece, di una pianificazione che impegna quanto ai risultati «non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione», cfr. F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021.

³⁰ N. Lupo, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 2022, 1, 4 ss.

³¹ Cfr. N. Lupo, *op. cit.*, X.

ni europee davanti ad un quesito che attiene al senso stesso dell'Unione e del suo processo di integrazione, ovvero l'efficacia delle sue politiche e degli strumenti.

L'emergenza Covid-19 ha posto quindi in discussione il modello che si fondava su risorse proprie – ovvero sul trasferimento degli Stati al bilancio UE – e con questo il principio cardine, sia del bilancio che delle politiche europee, della complementarità, cioè della collaborazione tra Commissione europea e Stati nazionali nelle politiche di sviluppo; di fronte all'emergere della crisi epidemiologica globale, gli strumenti di coordinamento delle politiche dei singoli Stati sono risultate non più adeguate a rispondere ad una emergenza che ha coinvolto tutte le dimensioni e le politiche europee.

Gli strumenti giuridici ordinari a loro volta non si sono rivelati del tutto efficaci per far fronte ad una crisi non soltanto economica e finanziaria ma la cui matrice, sanitaria/sociale, coinvolgendo sia ambiti di azione di competenza esclusiva europea sia ambiti di competenza concorrente, ha determinato la necessità di identificare modalità di azione differenti.

Da questo punto di vista pare possibile affermare che è stato necessario attuare forme di coordinamento operativo tra i vari strumenti – risorse e fondi – che ancora non erano state attuate, mettendo così a sistema l'esperienza di finanziamento degli Stati e proponendo una nuova forma di integrazione. In questo modo l'Unione europea ha individuato nella emergenza Covid-19 il momento per investire su politiche trasversali che precedentemente, proprio in virtù di questa loro caratteristica, non potevano trovare idoneo sviluppo. Ambiente e Innovazione digitale infatti richiedono per la loro implementazione spazi giuridici meno rigidamente definiti e azioni politiche ed economiche multilivello che non si muovano su linee e processi verticali ma si dispieghino attraverso il coinvolgimento nel processo di attuazione di numerose organizzazioni amministrative. Per la sua connotazione trasversale e multisettoriale il dispositivo di resilienza sembra trovare la propria *ratio* giuridica nel principio di integrazione (art. 11 TFUE), che evita la settorializzazione delle competenze e si muove orizzontalmente abbracciando l'intero insieme delle politiche che sono coinvolte, offrendo, in questo modo, una risposta più immediata e profonda.

Di fatto un ritorno ai principi ispiratori del processo di integrazione applicati però alla contemporaneità, come se l'innovazione tecnologica, l'integrazione dei processi di innovazione, ricerca e produzione e i bisogni dei cittadini europei alle prese con un evento antico come una crisi epidemiologica abbiano messo in luce l'inadeguatezza degli strumenti giuridici e finanziari fino a quel momento utilizzati, che non sono stati capaci di innovarsi quanto invece gli strumenti tecnologici.

In un certo qual modo, mentre il processo di innovazione ha coinvolto tutti gli ambiti sociali ed economici dell'Unione europea, non altrettanto è accaduto

to nel campo della produzione normativa e degli strumenti finanziari che, davanti a sfide ulteriori rispetto a quelle ordinarie, si sono rivelati inadeguati, inefficaci e come tali non idonei a consentire il conseguimento dei risultati economici e sociali di rilancio e ripresa.

La Commissione europea davanti alla interconnessione, non soltanto delle merci e dei capitali ma, in particolare, delle persone, che ha determinato la maggiore difficoltà di gestione della crisi epidemiologica, ha colto nella mancanza di interconnessione delle funzioni amministrative un aspetto critico e ha elaborato un modello di risposta che prevede l'integrazione di queste funzioni così da consentire un approccio non settoriale ma di sistema e multilivello, in cui l'interesse che si esprime e persegue non varia al mutare del livello amministrativo coinvolto. Così quello che, seppur ancora a livello embrionale, si era individuato come il percorso corretto per lo sviluppo della economia circolare che, superando il concetto della economia lineare, riusciva a mettere al centro l'intero ciclo di vita del prodotto, a seguito della crisi epidemiologica e della conseguente crisi economica e sociale, viene ripreso e riportato ad un livello più elevato di circolarità delle competenze e delle funzioni amministrative. Infatti, con l'RRF la Commissione ed il Consiglio europeo non disegnano un sistema circolare – che resta pur sempre un sistema chiuso³² contenuto all'interno del cerchio e che per tale ragione mal si concilia con un approccio trasversale – ma un modello di economia fondata simultaneamente sui tre pilastri della politica europea e dunque multidimensionale, complementare ed integrata, in quanto aperta e complessa, che trae dall'esterno – dalla interrelazione dei settori e delle politiche – la capacità di valorizzare le risorse e creare valore aggiunto, moltiplicando gli impatti ed i risultati economici e sociali attesi.

Si tratta quindi di un sistema economico orizzontale che, diversamente dalla economia, definita dalla scuola della *ecological economics*, “lineare”, non ha un inizio ed una fine (trasformazione della materia prima, produzione, consumo, rifiuto), né, come nel caso dell'economia circolare, è confinato all'interno di un sistema chiuso che alimenta se stesso, bensì è a tutti gli effetti un flusso e trae dalla complementarità e dalla integrazione l'effetto moltiplicatorio delle risorse stanziate. Si torna in questo modo a identificare effetti moltiplicativi in termini di crescita economica attraverso l'azione su ambiti per loro natura trasversali, individuando nella loro trasversalità la capacità di coinvolgere i diversi obiettivi strategici, le priorità, dell'Unione europea.

Il Dispositivo di ripresa e resilienza, dunque, stabilite le sei missioni di intervento che perseguono un obiettivo comune, e non trascurati gli altri programmi di spesa, identifica all'art. 28 del Reg. 2021/241 tre principi cardine: complemen-

³² F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. Amm.*, 2017, 1, 163.

tarietà, sinergia, coerenza e uniformità tra i diversi strumenti a livello dell'Unione, degli Stati membri e a livello regionale; obbligando in questo modo gli Stati membri a seguire un'impostazione trasversale nella definizione dei Piani nazionali che affronti i temi macroeconomici in una logica di integrazione e interconnessione, e superi la distinzione tra le singole politiche a favore di una operatività per macro-obiettivi trasversali che possono essere raggiunti sviluppando tutte le sei missioni.

In questo modo l'Unione europea ha imposto agli Stati membri di abbandonare la logica delle misure verticali riprendendo modelli complementari in cui le singole misure sono efficaci se si articolano all'interno di un unico sistema.

Rifacendosi ad una impostazione verticale che risultava del tutto incoerente con il metodo del dispositivo europeo, la prima versione del PNRR italiano, mancando di visione sistemica e limitandosi ad un elenco di interventi tra loro non integrati e finanche disorganici, è stata giudicata insoddisfacente. Al contrario la seconda versione del Piano italiano approvata dal Consiglio europeo risulta coerente con la logica comunitaria, poiché mira a raggiungere gli obiettivi attraverso un sistema multidimensionale e si presenta come progetto unitario, in cui gli investimenti delle sei missioni poggiano su un sistema di riforme strutturali che conferiscono ai singoli progetti la spinta per rappresentare un volano economico.

La pandemia da Covid-19 – che ha enfatizzato un punto debole già presente nelle politiche eurounitarie, ovvero il raccordo tra politiche e strumenti, ed in particolare il fatto che a fronte di obiettivi fissati a livello europeo gli strumenti siano definiti soltanto a livello finanziario, demandando poi la loro concreta attuazione ai singoli Stati membri – con il suo carattere di immediatezza, pervasività e trasversalità, ha imposto all'Europa di identificare una diversa strada per rispondere alla dicotomia (politiche *vs.* strumenti) che ha sempre rappresentato il maggior freno allo sviluppo di una integrazione europea ulteriore rispetto alla mera integrazione economica.

In questo senso con il Regolamento 2021/241 il Consiglio europeo imposta un nuovo meccanismo di raccordo tra politiche e strumenti, mantenendo a livello europeo un forte coordinamento degli strumenti che potranno essere declinati puntualmente dagli Stati membri; i Piani, infatti, non vengono approvati sulla base della ripartizione delle risorse richieste sulle singole missioni (o sulle politiche) ma sulla puntuale valutazione dei singoli progetti che rientrano nelle missioni stesse.

Anche il sistema di rendicontazione e di concessione di sovvenzioni e prestiti in rate, erogate in base all'avanzamento dei progetti, è ideato per consentire un maggiore raccordo tra gli obiettivi generali di carattere qualitativo c.d. "*milestones*" e quelli di carattere quantitativo c.d. "*target*", imponendo, di fatto, agli Stati di ripensare anche la loro organizzazione amministrativa dal punto di vista della *governance* e degli strumenti giuridici al fine di raggiungere tali obiettivi. Anche

da questo punto di vista, il Piano italiano, sembra cogliere la necessità di impostare un modello organizzativo che consenta di superare i “colli di bottiglia” amministrativi o normativi che potrebbero determinare il fallimento del Piano stesso.

Abbandonato quindi il decennale dibattito sulla semplificazione amministrativa che ha dato luogo a continui interventi legislativi frequentemente disorganici e, in fase di attuazione, privi dell’atteso impatto in termini di efficienza, economicità ed equità³³, si è scelto di impostare un sistema che in modo organico possa cogliere gli elementi problematici superandoli anche attraverso – come ultima *ratio* – l’impiego dei poteri sostitutivi e dello strumento giuridico dell’ordinanza. In questo senso anche la *governance* del Piano, dati gli obiettivi identificati, è strutturata come un sistema multidimensionale. Lo stretto coordinamento a livello centrale attraverso la «Cabina di regia» e le sue strutture tecniche e unità di missione ha il compito di monitorare puntualmente l’andamento progressivo del Piano e di risolvere – in ultima istanza – gli eventuali conflitti istituzionali che potrebbero rallentarne l’esecuzione.

Pertanto, ferme restando le riforme che dovrebbero consentire all’organizzazione amministrativa di operare in modo maggiormente celere ed efficace, è stato previsto un meccanismo che consenta di superare gli eventuali conflitti generati dalle competenze dei diversi enti coinvolti nel processo, così privilegiando, come a livello europeo, il principio della integrazione degli organi amministrativi e delle loro funzioni rispetto al principio di competenza.

In questo senso il *Next Generation EU* e lo strumento del *Recovery and Resilience Facility* rappresentano e, allo stesso tempo, impongono un processo di transizione che coinvolge non soltanto singoli settori economici e le loro filiere produttive ma ancora, ed ancora prima, gli organi politici ed amministrativi dei singoli Stati membri.

Dal punto di vista della teoria economica il dispositivo europeo ed i suoi piani nazionali rappresentano certamente un cambio di paradigma rispetto alla precedente impostazione europea e, in un certo qual modo, un ritorno, con i necessari aggiustamenti che l’esperienza dei fondi strutturali europei ha consegnato alle istituzioni, al passato: infatti gli investimenti tornano al centro del-

³³ Sul tema della semplificazione si vedano *ex multis* E. Casetta, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Dir. Amm.*, 1998, 3-4, 342; R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un’Amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 2, 324 ss.; V. Cerulli Irelli, F. Luciani, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, *Dir. Amm.*, 200, 3-4, 625; F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 3-4, 335 ss.; F. Liguori, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 4, 1223. Sulla semplificazione nella materia ambientale M. Renna, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, II, 39 ss.; F. De Leonardis, *Semplificazione e ambiente*, in *Italia decide, Rapporto 2015, Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero far pace con le imprese*, Bologna, 2015, 431 ss.; V. Di Capua, *Ambiente, complessità sistemica, semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2020, 4, 965 ss.

la politica economica europea ed agiscono come elemento di propulsione della crescita economica, trainando sia la produzione che i consumi, con l'obiettivo di innescare una reazione economica anticiclica.

Il punto di attenzione, tuttavia, anche da questo punto di vista, riguarda la trasversalità e pervasività degli obiettivi: in particolare le due principali missioni del Piano: «rivoluzione verde» e «trasformazione digitale» hanno caratteristiche peculiari che possono rendere particolarmente difficoltoso il raggiungimento degli obiettivi.

In primo luogo, entrambi sono obiettivi trasversali: si tratta, infatti, di aree di attività che impattano su diversi settori economici e diversi ambiti istituzionali e coinvolgono nella loro gestione numerose organizzazioni amministrative, così incrementando significativamente i procedimenti autoritativi e, di conseguenza, le eventuali situazioni di conflitto e finanche di contenzioso.

In secondo luogo, in special modo la transizione ecologica alla quale è connessa la tutela ambientale, si pone l'obiettivo di tutelare un bene a titolarità diffusa³⁴, questo fatto rappresenta, dal punto di vista della teoria economica, una criticità poiché è un obiettivo che non trova all'interno del sistema economico e produttivo una corretta allocazione. In altri termini, i costi della transizione ambientale non impattano direttamente sulla produzione o sul consumo dei beni e dunque né le imprese né le famiglie traggono una utilità diretta dal sostenerne i costi. Si tratta di settori in cui asimmetrie informative e costi di transizione risultano particolarmente elevati e, seppur non quantificabili, ostacolano in modo significativo il raggiungimento degli obiettivi.

Non è questa la sede per affrontare il tema dell'appartenenza, ed in che termini, dell'ambiente alla categoria giuridica, ancora oggi fonte di dibattito dottrinale³⁵, dei beni comuni³⁶, terzo *genus* rispetto ai beni pubblici ed ai beni privati, ma è di tutta evidenza che si tratta di un bene funzionale a soddisfare bisogni – diritti fondamentali – degli individui, e come tale richiede un «regime di utilizzo e di gestione partecipata, così infrangendo lo schema proprietario»³⁷, un bene che, perciò, non si connota in forza del regime dominicale ma della sua fruizione collettiva. Tuttavia, proprio la caratteristica della titolarità diffusa dei beni

³⁴ M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *costituzionalismo.it*, 2017, 1, 84.

³⁵ La scienza giuridica, ed in particolare del diritto amministrativo e costituzionale, si è interrogata sulla natura giuridica dei beni comuni *ex plurimis* P. Chirulli, *I beni comuni tra diritti fondamentali e doveri di solidarietà*, in *giustamm.it*, 2012, 7; S. Nespore, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *federalismi.it*, 2013, 7, 1 ss.; M. Luciani, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e soc.*, 2016, 3, 375 ss.; A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2016, 3, 454 ss.; V. Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Dir. e soc.*, 2016, 3, 530

³⁶ C. Miccichè, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 95, 1 ss.

³⁷ P. Otranto, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, Bari, 2015.

comuni in generale, e dell'ambiente nello specifico, rende dal punto di vista della scienza economica più complessa la loro valorizzazione. In termini economici, infatti, il regime giuridico del bene, la sua appartenenza alla proprietà pubblica o privata, determina anche il principale incentivo alla sua cura, poiché se il bene non appartiene a nessun soggetto economico questo determina inevitabilmente che nessun soggetto individui una utilità diretta nella sua tutela e, di conseguenza, se ne faccia carico.

Da questa osservazione prende le mosse la decisione europea di investire risorse pubbliche nella transizione ecologica che, senza una spinta di incentivazione esterna, rischia di rimanere esclusivamente – come è stato per molti decenni – un obiettivo politico fumoso e senza sostanza. Si è quindi in presenza di un modello di transizione che prevede da una parte un ingente investimento economico pubblico e dall'altra, contestualmente, l'introduzione di norme disincentivanti che limitino e impediscano le pratiche meno virtuose che più danneggiano l'ambiente.

Dal punto di vista delle imprese la transizione ecologica, modificando domanda e offerta, rappresenta una vera e propria rivoluzione industriale con elevati costi di aggiustamento per le imprese stesse, che sono costrette a modificare i loro processi produttivi o ad uscire dal mercato. Si tratta di costi di aggiustamento che non sono evidentemente determinati dal mercato bensì da decisioni politiche, e che, proprio per questa ragione, devono essere sostenuti dal sistema pubblico così da ridurre l'impatto ed orientare le imprese alla crescita³⁸; per questa ragione il dispositivo europeo e i Piani nazionali stanziavano ingenti risorse economiche per sostenere la transizione ambientale.

Tuttavia, queste risorse, che agiscono come elemento di pressione verso la transizione, risultano essere, allo stesso tempo, anche un elemento di pressione ad investire, una pressione che non rappresenta necessariamente un sinonimo di qualità né della spesa né dei progetti ma rischia di divenire esclusivamente una pressione sulle organizzazioni amministrative già fortemente sottodimensionate.

A fronte delle risorse economiche messe a disposizione attraverso il Dispositivo europeo si pongono quindi, per le amministrazioni pubbliche, problemi attinenti sia la selezione dei progetti che quella dei soggetti attuatori, rischiando fenomeni sia di concentrazione – per i progetti di maggiore dimensione economica – sia, al contrario, di speculazione e selezione avversa dei soggetti attuatori – per i progetti di piccole dimensioni e fortemente parcellizzati.

Di fatto la pianificazione europea e nazionale agisce sia nella identificazione dei progetti che nella allocazione delle risorse economiche in modo trasversale; tuttavia, nel momento in cui dalla pianificazione si passa alla identificazione

³⁸ Il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza non sembra stanziare risorse che vadano a sostenere i settori produttivi destinati ad uscire dal mercato a seguito della transizione verde.

e realizzazione dei singoli progetti la trasversalità viene necessariamente meno e si ritorna all'interno dei processi verticali che caratterizzano le modalità di spesa delle risorse pubbliche.

È necessario quindi identificare modelli e strumenti giuridici capaci di rispondere con efficacia alla pressione della spesa allo stesso tempo abbattendo i costi di transizione e i rischi di concentrazione o selezione avversa che il Piano nazionale porta inevitabilmente con sé.

3. *Il ruolo degli energy performance contracts per il raggiungimento degli obiettivi della Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica»*

All'interno della missione «rivoluzione verde» un obiettivo particolarmente rilevante, in coerenza con la direttiva europea sull'efficienza energetica³⁹, è rappresentato dall'efficientamento energetico del patrimonio immobiliare sia pubblico che privato⁴⁰ al quale sono destinate risorse economiche per oltre 15 miliardi di euro di cui 13 miliardi destinati all'edilizia residenziale sia pubblica che privata⁴¹.

È opportuno, quindi, definire gli strumenti che consentano di raggiungere tale obiettivo; infatti, pur non essendo questa la sede per ripercorrere la teoria economica del rapporto obiettivi-strumenti⁴², occorre rilevare che in un contesto

³⁹ La *governance* europea dell'energia, sancisce il principio "dell'*energy efficiency first*" in base al quale gli Stati membri, prima di adottare decisioni di pianificazione politica e di investimento in ambito energetico, devono verificare se esistono misure di efficienza energetica alternative – solide dal punto di vista tecnico, economico, ambientale – che consentano comunque di conseguire gli obiettivi delle decisioni. Dal punto di vista normativo la Direttiva UE 2018/2002 sull'efficienza energetica (Direttiva EED - *Energy Efficiency Directive*) che fissa gli obiettivi di risparmio energetico al 2030 è stata recepita in Italia con il d.lgs. 14 luglio 2020 n. 73, che modifica ed integra il d.lgs. 4 luglio 2014 n. 102 e, in coerenza con il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (Pniec) ha fissato gli obiettivi nazionali (che equivalgono a un -56% di emissioni nel settore della grande industria; -35% nel settore del terziario, trasporti terrestri e settore civile; +30% di produzione sa fonti rinnovabili); mentre la Direttiva (UE) 2018/844 sulla prestazione energetica nell'edilizia (Direttiva EPBD-*Energy Performance of Buildings Directive*) è stata recepita con il d.lgs. 10 giugno 2020, n. 48. Gli obiettivi di risparmio energetico sono ora in corso di revisione a seguito della approvazione del Reg. UE 2021/1119 «Legge europea sul clima» il quale dispone una riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra del 55% entro il 2030 e la naturalità climatica entro il 2050.

⁴⁰ F. Vetrò, *Evoluzione del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del G.S.E. S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 1, 507-509.

⁴¹ La Missione «rivoluzione verde e transizione ecologica» prevede complessivamente risorse per 59,47 miliardi di euro così ripartiti: 5,27 miliardi di euro per economia circolare e agricoltura sostenibile; 23,78 miliardi di euro per energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile, 15,36 miliardi di euro per efficienza energetica e riqualificazione degli edifici e 15,06 miliardi di euro per tutela del territorio e della risorsa idrica.

⁴² Sul rapporto obiettivi-strumenti si veda, *ex multis*, F. Caffè, *Lezioni di Politica Economica*, Torino 1990, 68-80. Nel saggio, l'Autore riprende le principali teorie economiche sviluppate a livello internazionale e fra tutte il modello di Timbergen che considera «gli obiettivi come predeterminati, fissare cioè i valori che essi debbano assumere, in quanto corrispondenti a determinate preferenze politiche» rimanendo da stabilire «quali valori debbano essere dati agli strumenti». Cfr. J. Timbergen, *Principi e metodi della politica economica*, Milano, 1969, 132 ed il modello di Mundell sulla relazione tra numero degli obiettivi e numero degli strumenti. Cfr. R.

quale quello del PNRR, nel quale i valori economici degli obiettivi sono stati prefissati dal decisore politico, è necessario successivamente identificare gli strumenti di attuazione ed il loro valore quantitativo.

Nel caso del Piano nazionale gli strumenti operativi restano, comunque, quelli tradizionali previsti dal Codice dei contratti pubblici e da alcune norme di settore, mentre ciò che non risulta predefinito è il loro valore e, da questo punto di vista, teoria economica e scienza giuridica assumono posizioni differenti. Infatti, se per la teoria economica il criterio di efficacia dell'azione pubblica è dato dall'uguaglianza tra il numero degli strumenti e quello degli obiettivi (poiché se il numero degli obiettivi fosse superiore a quello degli strumenti alcuni obiettivi non potrebbero essere raggiunti), la scienza giuridica prende in considerazione anche le procedure amministrative che fungono da raccordo tra obiettivi e strumenti. Dal punto di vista giuridico gli strumenti che possono essere utilizzati per raggiungere un obiettivo sono frequentemente numerosi e l'individuazione di quello più adatto è lasciata al soggetto pubblico responsabile dell'attuazione dell'intervento, che dovrà decidere secondo i principi di buon andamento ed imparzialità oltre che di economicità efficienza ed efficacia. Rispetto a questa scelta sia i livelli amministrativi non direttamente coinvolti sia le istituzioni deputate al controllo si pongono in una posizione di neutralità.

Di fatto questa modalità di *governance* attribuisce alle singole amministrazioni pubbliche, spesso peraltro non dotate delle risorse idonee ad effettuare dette valutazioni complesse, dirette responsabilità nella scelta dello strumento e, di conseguenza, una rilevante influenza nella determinazione del risultato.

Nel caso della «Missione 2» del PNRR si pone un problema di efficacia degli strumenti, atteso che il medesimo obiettivo – in particolare la spesa in efficientamento energetico del patrimonio immobiliare – potrà essere perseguito sia attraverso un numero di interventi ridotto (nel caso di progetti di importo economico particolarmente elevato), sia, al contrario, attraverso la parcellizzazione degli interventi (nel caso di progetto di importo economico più contenuto). Questo risulta essere un aspetto di non poco momento per ciò che concerne la concreta efficacia del Piano stesso. Infatti, se da una parte un numero minore di interventi di elevato importo economico riduce, almeno dal punto di vista quantitativo, i rischi di natura tecnica e giuridica; dall'altra l'equità territoriale e l'interesse pubblico a titolarità diffusa a cui sono finalizzati questi interventi (la riduzione delle emissioni climalteranti), oltre alla caratteristica intrinseca della capillare distribuzione geografica del patrimonio immobiliare, determinano la necessità di distribuire le

A. Mundell, *On the Selection of a Program of economic Policy with an Application to the Current Situation in the United States*, in *Banca naz. Lav. Q. Rev.*, 1963, 262.

risorse finanziarie su tutto il territorio nazionale, così da poter ridurre gli importanti divari strutturalmente esistenti anche dal punto di vista del consumo energetico.

Quelli appena elencati sono elementi che illustrano la presenza di multi-obiettivi che, in quanto tali, determinano un incremento delle criticità che possono condurre a risultati finali sub ottimali. Perciò, qualora l'indirizzo del Piano confermi una distribuzione diffusa su tutto il territorio nazionale dei progetti di efficientamento energetico, e delle connesse risorse, sarà necessario individuare strumenti operativi che consentano di ridurre i rischi che, a causa della parcellizzazione degli interventi, risultano già in origine elevati.

È, pertanto, opportuno domandarsi se gli strumenti giuridici tradizionali riducano o aumentino tali rischi: per questa ragione, l'analisi degli strumenti contrattuali a disposizione della pubblica amministrazione per conseguire una riduzione dei consumi energetici attraverso la riqualificazione/efficientamento del patrimonio immobiliare diviene necessaria se effettuata alla luce della impostazione e dell'obiettivo complessivo del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Tale analisi dovrà, inoltre, tenere in considerazione che sarà necessaria una maggiore flessibilità nell'uso degli strumenti che dovranno potersi adattare agli obiettivi specifici del contesto oggetto dell'intervento e alle caratteristiche e competenze delle parti contraenti.

Tra gli strumenti giuridici utilizzati per realizzare interventi di riqualificazione del patrimonio immobiliare pubblico un ruolo sempre più significativo è stato assunto dall'*energy performance contracts*⁴³, uno strumento contrattuale di derivazione anglosassone introdotto nell'ordinamento comunitario con la direttiva CE2006/32/ poi recepita con il d.lgs. 30 maggio 2008 n. 115 e attualmente disciplinato dall'art. 2, lett. n) del d.lgs. 4 luglio 2014 n. 102 che lo definisce un «[a]ccordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzio-

⁴³ Sul contratto di prestazione energetica, per quanto concerne i profili generali si vedano: F. Benatti, *Il contratto di rendimento energetico (profili generali)* in P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, 137 ss.; P. Biandrino, *I contratti di efficienza energetica: regole civilistiche e interesse pubblico (notazioni sparse)*, in P. Biandrino, M. De Focatiis (a cura di), *op. cit.*, 149 ss.; L. Parola, T. Arnoni, S. Granata, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I Contratti*, 2015, 517 ss.; M. Maugeri, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi «elementi minimi»*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, 420 ss.; M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 242 ss.; P. Piselli, A. Stirpe (a cura di), *Il contratto di rendimento energetico*, Torino, 2011, 37 ss.; P. Piselli, S. Mazantini, A. Stirpe, *Il contratto di rendimento energetico*, in *www.treccani.it*, 11 marzo 2010. In particolare, sull'applicazione del contratto EPC al settore pubblico si vedano: F. Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *federalismi.it*, 2019, 5, 1-37; A. Castelli, *Il contratto di EPC come veicolo di efficientamento energetico*, in *Ambiente & sviluppo*, 2019, 1, 35-40; ss.; S. Trino, *Il contratto di rendimento energetico*, in L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, 2016, 395 ss.

ne del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari».

Gli *elementi essenziali* di tale figura contrattuale sono l'incremento della *performance* energetica⁴⁴ ed il rapporto tra questa e la remunerazione, la quale è commisurata ai risultati effettivamente conseguiti.

Parti sono il fornitore della misura di efficienza energetica – di regola una ESCo⁴⁵ – ed il beneficiario della stessa. Il contratto di rendimento energetico può anche avere una struttura trilaterale, come previsto anche dall'art. 2, comma 1, lett. m), d.lgs. n. 115/2008. In questo caso è definito quale l'«accordo contrattuale che comprende un terzo, oltre al fornitore di energia e al beneficiario della misura di miglioramento dell'efficienza energetica, che fornisce i capitali per tale misura e addebita al beneficiario un canone pari a una parte del risparmio energetico conseguito avvalendosi della misura stessa».

In ultimo, *oggetto* del contratto è il servizio energetico, definito dall'art. 2, comma 1, lett. mm), d.lgs. n. 102/2014: «la prestazione materiale, l'utilità o il vantaggio derivante dalla combinazione di energia con tecnologie ovvero con operazioni che utilizzano efficacemente l'energia, che possono includere le attività di gestione, di manutenzione e di controllo necessarie alla prestazione del servizio, la cui fornitura è effettuata sulla base di un contratto e che in circostanze normali ha dimostrato di portare a miglioramenti dell'efficienza energetica e a risparmi energetici primari verificabili e misurabili o stimabili».

La definizione che del contratto di rendimento energetico dà l'art. 2, lett. n), d.lgs. n. 102/2014, sembra far riferimento ai due tipi contrattuali più utilizzati dalla prassi: il contratto di rendimento energetico *guaranteed savings* ed il contratto *shared saving*, che si differenziano tra loro soprattutto per l'allocazione del rischio finanziario e per il regime di proprietà degli impianti e delle opere realizzati⁴⁶. Infatti, la norma prevede che i lavori, le forniture e i servizi realizzati dalla ESCo siano pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente «o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari». In particolare, con il contratto di rendimento energetico a risparmi garantiti la ESCo assicura, dietro corrispettivo, un livello di risparmio energetico predefinito, con penali in caso di risparmio inferiore (mentre qualora i risparmi siano superiori alle attese, essi vanno a beneficio del

⁴⁴ Art. 2, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 115/2008.

⁴⁵ *Energy Service Company*: «persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri stabiliti» (art. 2, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 115/2008).

⁴⁶ Così L. Parola, T. Arnoni, S. Granata, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I Contratti*, 2015, 526 ss.

cliente). Il rischio finanziario grava sul beneficiario, che mantiene anche la proprietà degli impianti e delle opere. Con il contratto a risparmi condivisi, invece, la ESCo assume il rischio finanziario realizzando gli impianti e le opere funzionali al miglioramento dell'efficienza energetica, mantenendo la proprietà degli stessi fino alla scadenza del contratto. L'investimento e l'utile della ESCo vengono compensati dai proventi del risparmio energetico, trattenuti integralmente o condivisi con il beneficiario dell'intervento per la durata del contratto.

In generale, si tratta dunque di un contratto a prestazioni corrispettive in base al quale a fronte del pagamento del canone e del rispetto di talune norme di comportamento volte a non determinare una distorsione della valutazione della performance da parte del committente, il fornitore si impegna a garantire al committente stesso un risparmio energetico in un arco temporale predefinito. Il *signalagma* contrattuale si configura come un *do ut facias*: l'erogazione di un servizio di prestazione energetica verso un corrispettivo in denaro (canone), le cui prestazioni non sono istantanee ma necessitano di un tempo significativo per produrre gli effetti di riduzione del consumo; l'EPC si configura, dunque, come contratto atipico, di durata, caratterizzato dall'onerosità e corrispettività delle prestazioni e in cui l'insieme delle attività previste risultano non separabili perché tutte strumentali al raggiungimento dell'efficientamento energetico di uno, o di una pluralità di edifici. L'onerosità non è limitata al solo pagamento del canone di gestione del servizio bensì anche alla cessione del risparmio energetico futuro, che consente al fornitore di remunerare il proprio investimento finanziario iniziale.

Quanto appena detto mostra come gli EPC possano rappresentare un importante fattore di rilancio economico e, al contempo, di soddisfacimento delle esigenze di risparmio energetico e di promozione di uno sviluppo sostenibile. L'incertezza circa le regole per l'affidamento di simili contratti in ambito pubblico, tuttavia, ne ha impedito la piena diffusione e la più efficace applicazione: in particolare, in passato sussisteva un acceso dibattito circa la sua riconducibilità allo schema dell'appalto, piuttosto che a quello del partenariato, con considerevoli conseguenze in punto di disciplina applicabile, poteri di controllo dei soggetti pubblici sulla fase esecutiva del contratto, apertura alla concorrenza e, soprattutto, allocazione dei rischi ai fini della qualificazione dell'operazione come indebitamento.

Più nel dettaglio, secondo alcuni gli EPC si sarebbero dovuti qualificare in termini di appalto misto dal momento che l'EPC prevede il miglioramento dell'efficienza energetica di un edificio, inclusi gli impianti, a fronte dello svolgimento di un servizio di gestione e manutenzione e dell'eventuale fornitura di vettori energetici, nonché dell'effettuazione di investimenti che consentano di raggiungere un livello di risparmio energetico predefinito. Infatti, risulterebbero rispettati i requisiti richiesti dall'art. 28 del Codice dei contratti pubblici essendo-

vi la presenza simultanea di prestazioni riconducibili a diverse categorie ed essendo pure tali prestazioni connesse e non separabili. Poiché perseguono uno scopo economico unitario e complesso, che in questo caso sarebbe rappresentato dal miglioramento delle prestazioni energetiche dell'edificio⁴⁷.

Secondo altri,⁴⁸ invece, l'assunzione in capo all'operatore privato del rischio operativo legato alla gestione delle opere o del servizio sarebbe tratto essenziale e distintivo della concessione, non anche delle altre tipologie contrattuali riferibili al partenariato pubblico privato. In tale ottica si riteneva che la disciplina interna ponesse in capo all'operatore economico il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda per il periodo di gestione (art. 180, comma 3), ma non anche il rischio operativo. La distinzione si basava sulla disciplina tratteggiata dal Codice dei contratti pubblici il quale, mentre all'art. 165 fa riferimento ai contratti di concessione disponendo che essi comportano il trasferimento in capo al concessionario del rischio operativo, viceversa, all'art. 180, dedicato al partenariato in generale, fa riferimento alle altre categorie di rischio individuate a livello europeo. A sostegno dell'opzione si faceva riferimento alla distinzione tra concessioni "a caldo" e "a freddo"⁴⁹. Per cui, mentre il diritto di gestire l'opera o il servizio è il corrispettivo proprio della concessione, il canone, se non è corrisposto dall'amministrazione in ragione dell'utenza effettiva del servizio, «è proprio di altre tipologie contrattuali riferibili al *genus* partenariato pubblico privato», a cui sarebbe riconducibile pure l'EPC⁵⁰.

⁴⁷ Così l'ANAC (Deliberazione n. 37/2012), secondo la quale l'unico riferimento normativo in materia è rappresentato dall'art. 15, comma 1, del d.lgs. n. 115/2008, che qualifica i contratti aventi ad oggetto l'affidamento di servizi energetici alla stregua di "appalti pubblici" (Determinazione n. 6/2011). Inoltre, dal punto di vista "sostanziale", le prestazioni sono eseguite dalla ESCo a favore della p.a. che ne fruisce direttamente, ottenendo impianti più efficienti e le paga attraverso l'attribuzione di una quota del risparmio conseguito. Per quanto concerne il rischio gravante sulla ESCo del mancato ottenimento del risparmio e quindi della mancata copertura dei costi e conseguimento dei profitti «esso non si qualifica propriamente come un rischio di gestione giacché il profitto che si realizza non dipende dalla fruizione del servizio da parte dell'utenza o del committente, ma dalla capacità della stessa ESCo di conseguire un maggiore o minore risparmio energetico». Dello stesso avviso anche ENEA (Aa.Vv., *I contratti di prestazione energetica (EPC). Aspetti giuridici degli EPC e ipotesi per il superamento dell'incertezza normativa sulla regolazione degli elementi essenziali del contratto*, RT/2017/39 Enea, in *openarchive.enea.it*, 32-33) secondo la quale la qualificazione dell'EPC come appalto garantirebbe una maggiore certezza dei rapporti giuridici tra p.a. ed operatori economici e consentirebbe alla p.a. di mantenere un potere di controllo più stringente nella fase di esecuzione del contratto, rispetto a quanto avverrebbe in caso di affidamento alla ESCo della gestione del servizio.

⁴⁸ F. Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di Partenariato Pubblico Privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, in *federalismi*, 2019.

⁴⁹ Queste ultime, a differenza delle prime, non generano reddito attraverso ricavi da utenza esterna ma sono remunerati direttamente dall'amministrazione attraverso un canone.

⁵⁰ F. Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di Partenariato Pubblico Privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, cit., 16.

A dirimere la questione è intervenuto recentemente il legislatore con il d.l. 20 luglio 2020 n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020 n. 120, introducendo la figura specifica del partenariato pubblico privato (PPP) per i contratti di prestazione energetica, con ciò agevolando il ricorso a tale modulo per l'aggiudicazione degli EPC: il nuovo periodo inserito all'interno del comma 2 dell'art. 180 del Codice dei contratti pubblici delinea le specificità del partenariato per l'energia, in particolare per quanto riguarda le modalità di remunerazione dell'operatore economico, il monitoraggio dell'esecuzione del contratto e l'allocatione dei rischi⁵¹.

Dunque, ad oggi i contratti di rendimento energetico possono essere affidati sia tramite PPP, sia tramite procedura di appalto, da qualificarsi come appalto misto di servizi. La collocazione nell'uno o nell'altro schema deve allora essere svolta *caso per caso*⁵².

4. Conclusioni

Da quanto appena detto pare confermarsi la natura particolarmente complessa di tale contratto poiché prevede la presenza di diversi attori i cui obiettivi sono eterogenei e le cui informazioni sono frequentemente asimmetriche; ha caratteristiche peculiari che lo rendono difficilmente tipizzabile; contiene un elemento aleatorio (il risparmio) che deve trovare idonea trattazione all'interno delle clausole contrattuali.

Proprio la natura atipica del contratto "EPC", ovvero l'assenza di una architettura giuridica prefissata, ha reso particolarmente complicato l'impiego di questa forma contrattuale da parte della pubblica amministrazione, per la quale risulta necessario contemperare queste caratteristiche con i principi generali di imparzialità e buon andamento che caratterizzano l'azione amministrativa. Vero è che con

⁵¹ «Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi; la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici».

⁵² Di conseguenza, se il rischio dell'operazione di efficientamento non viene trasferito in capo alla ESCo, il contratto dovrà essere ricondotto all'appalto misto a prevalenza servizi, ciò che comporta la necessità di seguire regole più stringenti per l'aggiudicazione della gara e la contabilizzazione dei costi del contratto nel bilancio della stazione appaltante. Viceversa, qualora il rischio sia trasferito in capo alla ESCo, il contratto potrà essere ricondotto nell'ambito del partenariato, a cui consegue una maggiore libertà nella scelta del contraente e la possibilità di non iscrivere a bilancio le spese per gli interventi di efficientamento.

l'allegato 8 al d.lgs. n. 102/2014 si sono specificati gli elementi minimi che devono figurare nei contratti di rendimento energetico sottoscritti con il settore pubblico⁵³, con l'intento di standardizzare tale figura contrattuale, considerata la particolare complessità della materia che vede intrecciati profili giuridici, economici e ingegneristici. Nella stessa direzione è stato letto il conferimento dell'incarico a ENEA⁵⁴ di predisporre un contratto-tipo, per il miglioramento del rendimento energetico dell'edificio, analogo al contratto di rendimento europeo EPC⁵⁵.

Tuttavia, la caratteristica "spuria" dei contratti EPC, che da una parte prevedono sia la gestione di un servizio, che la realizzazione di lavori e l'eventuale fornitura energetica e la realizzazione di lavori, e dall'altra la remunerazione nel tempo attraverso il risparmio dell'investimento in efficientamento energetico effettuato dall'aggiudicatario, ha reso altrettanto complesso l'inquadramento di questa tipologia contrattuale nelle differenti categorie dell'appalto o del partenariato pubblico privato, determinando incertezza applicativa da parte delle pubbliche amministrazioni e, forse anche a causa del rischio di censura da parte dei giudici amministrativi e contabili nel caso di un non corretto inquadramento del contratto, ha disincentivato il ricorso a questo strumento⁵⁶.

⁵³ Gli elementi minimi sono i seguenti: a) un elenco chiaro e trasparente delle misure di efficienza da applicare o dei risultati da conseguire in termini di efficienza; b) i risparmi garantiti da conseguire applicando le misure previste dal contratto; c) la durata e gli aspetti fondamentali del contratto, le modalità e i termini previsti; d) un elenco chiaro e trasparente degli obblighi che incombono su ciascuna parte contrattuale; e) data o date di riferimento per la determinazione dei risparmi realizzati; f) un elenco chiaro e trasparente delle fasi di attuazione di una misura o di un pacchetto di misure e, ove pertinente, dei relativi costi; g) l'obbligo di dare piena attuazione alle misure previste dal contratto e la documentazione di tutti i cambiamenti effettuati nel corso del progetto; h) disposizioni che disciplinino l'inclusione di requisiti equivalenti in eventuali concessioni in appalto a terze parti; i) un'indicazione chiara e trasparente delle implicazioni finanziarie del progetto e la quota di partecipazione delle due parti ai risparmi pecuniari realizzati (ad esempio, remunerazione dei prestatori di servizi); j) disposizioni chiare e trasparenti per la quantificazione e la verifica dei risparmi garantiti conseguiti, controlli della qualità e garanzie; k) disposizioni che chiariscono la procedura per gestire modifiche delle condizioni quadro che incidono sul contenuto e i risultati del contratto (a titolo esemplificativo: modifica dei prezzi dell'energia, intensità d'uso di un impianto); l) informazioni dettagliate sugli obblighi di ciascuna delle parti contraenti e sulle sanzioni in caso di inadempienza.

⁵⁴ Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile

⁵⁵ Così F. Scalia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, cit., 10.

⁵⁶ Il punto centrale del dibattito dottrinale sulla natura del contratto di EPC si fonda sulla identificazione dei rischi del contratto e della loro allocazione tra le parti, stante la necessità per inquadrare il contratto come contratto di partenariato – e dunque di concessione – di allocare il rischio di costruzione ("investimento") ed uno tra i rischi di domanda e di disponibilità in capo al privato. Eurostat nel documento «*The impact of energy performance contracts on government accounts*» (*Eurostat Guidance Note, 7 august 2015*) ribadisce che al fine di poter trasferire la spesa per investimenti sostenuta nei bilanci delle ESCo liberando così le amministrazioni pubbliche – *off balance* – è necessario rispettare le seguenti condizioni: a) l'ammontare dell'investimento sostenuto sia almeno pari al 50% del valore dell'immobile in seguito all'intervento (una possibilità nel caso di riqualificazioni spinte, ad esempio per portare l'edificio in condizioni NZEB); b) il contributo pubblico eventualmente ricevuto dalla ESCo non superi il 50% delle spese sostenute; c) sia presente nel contratto un sistema di penali crescenti per la ESCo al ridursi del raggiungimento dei requisiti prestazionali stabiliti dal contratto, tali da annullare il canone dovuto dall'amministrazione in caso di assenza di risparmi energetici. Successivamente Eurostat, con il docu-

Pertanto, la contestuale presenza di un elemento di incertezza rispetto alla sua corretta configurazione all'interno degli strumenti del Codice dei contratti pubblici, la partecipazione del privato chiamato comunque a collaborare nel perseguimento del risultato in modo più complesso di quanto accada nel caso del tradizionale contratto di appalto, la presenza contestuale di investimenti e prestazioni di fornitura e di servizio, la scarsa competenza tecnica specialistica dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, la durata elevata del contratto e, infine, la frequente assenza di informazioni circa le condizioni del patrimonio immobiliare oggetto del contratto, hanno posto l'EPC in una posizione subordinata rispetto al ricorso a strumenti contrattuali tradizionali, quali l'appalto di lavori di riqualificazione energetica, l'appalto di gestione del servizio calore o l'appalto di mera fornitura energetica⁵⁷.

Allo stesso tempo, anche nel settore privato, per ragioni solo parzialmente analoghe, il contratto EPC ha riscosso comunque poco successo; infatti la durata contrattuale sicuramente più lunga del ciclo di programmazione dell'impresa, la caratteristica del contratto che non prevede immediati ritorni economici per il committente – atteso che tali ritorni sono volti a remunerare l'investimento e per tale ragione restano in capo all'ESCO – e l'emergere di forme incentivanti che negli ultimi anni sono state elaborate dai Governi per incentivare la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare privato, hanno reso più interessanti altre modalità di realizzazione degli investimenti, di fatto svuotando di senso per il settore privato il ricorso a questa modalità operativa.

Non v'è dubbio, a parere di chi scrive, che il contratto EPC, in virtù delle sue caratteristiche, debba trovare il proprio sviluppo nel settore pubblico e non in quello privato, poiché mentre il patrimonio immobiliare privato necessita di un immediato ritorno dell'investimento così, ad esempio, abbattendo fin da subito i costi energetici della produzione o del consumo, nel settore pubblico, che rappresenta, dal punto di vista dimensionale il patrimonio immobiliare italiano più

mento «*The Recording of Energy Performance Contracts in Governments Account*» (Eurostat Guidance Note, 19 september 2017), è tornata sul punto chiarendo che per determinare la tipologia di contratto sarà necessario verificare l'allocatione dei rischi: «*The remuneration of the EPC-contractor is determined by the energy savings achieved through the upgraded equipment and through the other measures carried out to the structure of the building*». Cfr. Sul dibattito dottrinale circa l'inquadramento dell'*energy performance contracts* nel settore pubblico si veda F. Scaglia, *L'Energy Performance Contract (EPC) quale operazione di partenariato pubblico privato per la riqualificazione energetica del patrimonio immobiliare pubblico*, op. cit.

⁵⁷ Sulle barriere allo sviluppo dei contratti EPC, Banca Mondiale che ha identificato alcuni elementi che hanno determinato uno scarso sviluppo di questa forma contrattuale, in particolare, secondo gli Autori, si possono identificare diverse barriere tra le quali: «*rigid procurement and budgeting policies; limited incentives to save energy or try new approaches, lack of awareness and technical expertise, Behavioural biases; higher transaction costs for public sector projects*», Cfr. J. Singh, D.R. Limaye, B. Henderson, X. Shi, *Public Procurement of Energy Efficiency Services – Lessons from International Experience*, The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank, Washington, 2010, 25.

significativo, la scarsità delle risorse economiche da destinare alla manutenzione energetica degli immobili e la sostanziale assenza di incentivi finanziari volti alla riqualificazione rendono, al contrario, l'*energy performance contracts* lo strumento contrattuale più efficiente per risolvere un annoso problema di arretratezza tecnologica ed energetica delle strutture pubbliche.

In altri termini, il contratto EPC permette, anche in una condizione di scarsità di risorse finanziarie da destinare alla riqualificazione del patrimonio immobiliare, al settore pubblico – per il quale il ritorno diretto in termini di risparmio energetico è sì obiettivo importante ma da porre in secondo piano rispetto alla necessità di raggiungere, a livello nazionale, una complessiva riduzione dei consumi – di svolgere la propria funzione trainante rispetto agli obiettivi di riduzione energetica, il *common good* della tutela ambientale, che l'Italia ha fissato.

Si tratta, dunque, di verificare se questa tipologia contrattuale possa essere utilizzata nel contesto degli investimenti finanziati attraverso il Piano nazionale di ripresa e resilienza: la questione non si pone tanto in termini strettamente normativi poiché la risposta è certamente affermativa, non essendovi nel Piano né alcuna limitazione al ricorso a strumenti di coinvolgimento del privato, coinvolgimento che, al contrario, viene sollecitato, *né alcuna diversa indicazione rispetto all'utilizzo di tutti gli strumenti contrattuali previsti dal* d.lgs. 50/2016, bensì dal punto di vista della convenienza complessiva che la pubblica amministrazione può trarre dall'uso di questo strumento. Infatti, se da una parte la circostanza che le risorse del Piano siano destinate a coprire l'intero ammontare dei progetti finanziati sembra far prevalere, almeno nelle iniziali intenzioni delle pubbliche amministrazioni, il ricorso al più tradizionale, e meglio conosciuto, contratto di appalto, dall'altra, proprio l'atipicità del contratto EPC può renderlo, nel dispiegarsi temporale del Piano, uno strumento certamente più efficace per ottenere risultati significativi nei tempi programmati.

In questo senso il contratto EPC – non ricalcando i tradizionali modelli contrattuali tipici del contratto di appalto, nei quali la relazione è gerarchica (in ragione dei differenti obiettivi) e verticale (data la prestazione circoscritta ad una specifica tipologia e preventivamente definita), ma introducendo una relazione limitatamente gerarchica (poiché in fase di esecuzione del contratto entrambe le parti contrattuali sono accomunate negli obiettivi) e orizzontale, *rectius* trasversale (data la presenza di prestazioni tipologicamente distinte ma tutte funzionali al raggiungimento del risultato) – rappresenta uno strumento contrattuale che ha caratteristiche di trasversalità e orizzontalità affini a quelle del Piano nazionale e, in virtù di questa analogia nella impostazione, pare strumento idoneo a raggiungere l'obiettivo definito dalla Missione 2 del Piano.

Più in dettaglio sono diverse le caratteristiche del contratto EPC che lo rendono idoneo a perseguire l'obiettivo di riqualificazione energetica fissato del Piano: in particolare, nel contratto EPC gli investimenti non sono già prefissati dall'amministrazione che, anche nel caso proceda con la modalità selettiva dell'appalto pone a base di gara la sola *audit* energetica, pertanto il privato aggiudicatario del contratto viene chiamato a proporre, in sede di offerta o nella propria proposta nel caso di *partnership* pubblico privata, gli investimenti che intende effettuare. Questo fatto consente alla pubblica amministrazione di ottenere dal mercato le soluzioni tecnologiche più innovative ed efficienti, poiché, come si è detto, è interesse del privato ottenere il maggior risparmio possibile.

Ancora, poiché la remunerazione degli investimenti effettuati dal privato dipende dalla sua capacità di realizzazione degli interventi, è evidente che, contrariamente a quanto accade in un appalto di lavori, è lo stesso privato ad avere un interesse diretto e specifico ad accelerare le attività e rispettare i tempi previsti per la loro conclusione, dato che solo da quel momento inizierà la fase di rientro dell'investimento. Poiché il PNRR si fonda su una logica assai stringente di rispetto dei tempi, attesa la rendicontazione puntuale delle attività per ottenere i finanziamenti, è evidente che, in questo senso, l'EPC risulta maggiormente conveniente rispetto ad un appalto ordinario di lavori.

Un ulteriore aspetto dell'EPC coerente con l'impostazione del Piano nazionale concerne la capacità del privato di attrarre innovazioni provenienti da diversi settori e, in particolare, di integrare competenze e innovazioni tecnologiche del settore energetico con quelle del settore della innovazione digitale, così cogliendo la trasversalità delle due principali missioni del Piano.

Infine, il contratto EPC permette, contrariamente agli affidamenti separati di contratti di fornitura energetica, gestione del servizio e realizzazione di lavori, di sfruttare le economie che possono derivare dalla loro integrazione e di raggiungere, di conseguenza, risultati più efficienti in termini economici, tecnologici e di sviluppo di soluzioni innovative.

D'altro canto, occorre comunque precisare che il contratto EPC, per poter essere impiegato nella realizzazione di interventi finanziati con risorse del PNRR, dovrà trovare almeno un aggiustamento rispetto alla configurazione attuale. Infatti, fino ad ora nella prassi le clausole dei contratti EPC prevedono che la remunerazione degli investimenti avvenga durante tutto il periodo contrattuale, che non vi sia alcun iniziale contributo in conto capitale versato dalla pubblica amministrazione e che l'ESCO possa, qualora lo ritenga economicamente conveniente, realizzare gli interventi distribuendoli lungo tutto l'arco temporale coperto dal contratto.

Tuttavia, come si è già avuto modo di chiarire, le modalità di finanziamento definite dal PNRR prevedono che le erogazioni avvengano allo stato di avanzamento lavori e, in ragione della necessaria rendicontazione alla Commissione europea, che tali progetti si concludano entro i termini e nell'arco di azione temporale del Piano stesso. Si tratta, perciò, di valutare se i contratti EPC, che normalmente hanno una durata superiore ai 5 anni, possano, se utilizzati per progetti finanziati dal Piano, prevedere durate superiori rispetto a quella del Piano o, al contrario, se debbano concludersi entro il suo arco temporale.

A parere di chi scrive, per gli investimenti finanziati con risorse del PNRR occorrerà definire contrattualmente una durata coerente con i termini previsti dal Piano stesso, in modo che si possa procedere con una immediata rendicontazione ed un conseguente immediato impiego del risparmio economico ottenuto. Questo non esclude che sia lasciata all'autonomia contrattuale delle parti definire ulteriori investimenti che, essendo effettuati con capitali esclusivamente privati, potranno essere remunerati con gli introiti della fornitura e della gestione del servizio nel proseguo del contratto, ben potendo le parti convenire una durata contrattuale differente, ovvero maggiore rispetto a quella del Piano nazionale di ripresa e resilienza, per le prestazioni che non ricorrono a finanziamenti proveniente dal Piano stesso. Tuttavia, questa impostazione contrattuale richiede, ai fini della sua attuazione, che i bandi nazionali di accesso ai finanziamenti prevedano la possibilità di contemplare all'interno del medesimo contratto EPC una durata differenziata per gli investimenti finanziati con risorse pubbliche e per quelli finanziati con capitali privati.

Pertanto, ferma restando la decisione, di competenza delle organizzazioni amministrative centrali, di ammettere una durata differenziata per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali in base alla natura pubblica o privata del finanziamento, è possibile affermare che il ricorso al contratto di appalto tradizionale presenta maggiori costi occulti connaturati alle tre differenti prestazioni contrattuali (di fornitura, di gestione, di lavori) rispetto al contratto EPC: sono infatti ravvisabili maggiori oneri di gestione amministrativa da parte dell'amministrazione, maggiori rischi contrattuali dovuti al moltiplicarsi dei soggetti coinvolti, maggiori costi di transazione – anche essi dovuti alla presenza di una pluralità di soggetti con i quali sono attive relazioni contrattuali –, maggiori rischi di contenzioso in ragione del minore coinvolgimento dell'aggiudicatario rispetto al raggiungimento dell'obiettivo finale, minore attenzione nella ripartizione dei rischi all'interno del contratto.

Al contrario, il contratto EPC, proprio in virtù della sua natura atipica, è in grado di sfruttare al meglio le economie e le competenze che si generano dalla integrazione delle differenti prestazioni e che possono portare ad una riduzione dei costi immateriali e dei rischi connessi alla relazione contrattuale.

In conclusione, oltre ai profili già illustrati che attengono le caratteristiche contrattuali, è certamente opportuno sottolineare che l'*energy performance contracts*, grazie alla presenza di investimenti sostenuti direttamente dal privato, consente di generare un effetto moltiplicatore delle risorse finanziarie del PNRR, così introducendo, di fatto, la possibilità di sostenere un maggior numero di interventi e, dunque, di raggiungere un numero più ampio di obiettivi.

Infatti, il contratto EPC riducendo l'apporto di capitale pubblico grazie all'afflusso di quello privato permette non soltanto la realizzazione di un numero maggiore di progetti, ma anche la possibilità di sostenere, con finanziamenti pubblici, le pubbliche amministrazioni che, pur avendo necessità di interventi di riqualificazione energetica, rischiano di rimanere escluse perché non sufficientemente strutturate per concorrere sui bandi nazionali del Piano; in questo modo rendendo possibile una concreta riduzione dei divari e degli squilibri energetici anche sull'obiettivo della dimensione geografico-territoriale. Il che è la finalità che dovrebbe avere sia la missione «rivoluzione verde» del Piano nazionale di ripresa e resilienza sia, in ultima istanza, la politica ambientale ed energetica della pubblica amministrazione: perseguire, in quanto di interesse pubblico, la maggiore riduzione possibile, nel più breve tempo possibile ed in modo efficace su tutto il territorio, sia del consumo energetico nazionale sia della produzione da fonti energetiche tradizionali.

Elisa Valeriani - Abstract

Strumenti contrattuali per la Missione «Rivoluzione verde e transizione ecologica»: il ruolo degli energy performance contracts

Il saggio approfondisce il ruolo dell'*energy performance contracts* nel perseguimento delle politiche ambientali e di efficientamento energetico nel quadro del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. In particolare, si argomenta come il contratto EPC sia uno strumento di grande rilevanza nel settore pubblico per raggiungere gli obiettivi di riduzione energetica e, più in generale, di tutela ambientale, anche in una condizione di scarsità di risorse finanziarie da destinare alla riqualificazione del patrimonio immobiliare.

Contractual tools to «Green Revolution and Ecological Transition»: the role of energy performance contracts

The essay explores the role of the energy performance contracts in the pursuit of environmental and energy efficiency policies within the framework of the National Recovery and Resilience Plan. In particular, it is argued how the EPC contract is a highly relevant tool in the public sector to achieve the goals of energy reduction and, more generally, environmental protection, even in a condition of scarcity of financial resources to be allocated to the redevelopment of real estate assets.

L'ascesa dei *golden powers*. Dallo Stato imprenditore alla Stato protettore

Antonino Ilacqua

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della disciplina dei poteri speciali: dalla *golden share* ai *golden powers*. – 3. Gli ultimi sviluppi normativi: il decreto-legge n. 23 del 2020, il decreto-legge n. 21 del 2022 e il decreto-legge n. 187 del 2022. – 4. Conclusioni. – Sulla natura dei poteri speciali.

1. *Premessa*

Il presente contributo ha lo scopo di fornire, con i limiti di una evoluzione del tema in continuo divenire, una panoramica sull'evoluzione dei *golden powers* a tutela di interessi nazionali rilevanti¹, partendo dall'ormai superato istituto della *golden share* del 1994, sino ad arrivare a studiare la natura di tali poteri nel contesto odierno.

Come è noto, in Italia, l'indirizzo favorevole ad una forma di controllo sulla proprietà delle imprese strategiche nazionali risale all'epoca delle privatizzazioni. È stato infatti il decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 (convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474) a fornire una prima risposta all'esigenza di tutela degli inte-

¹ Sui *Golden Powers*, da ultimo v. S. De Nitto, *Il Golden power nei settori rilevanti della difesa e della sicurezza nazionale: alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *Diramm*, 2022, 553 ss; per un'indagine sulle dottrine classiche, senza pretesa di completezza, v. M. D'Alberti, *Il golden power in Italia: norme ed equilibri*, in AA.VV., *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2019, 83; S. Screpanti, A. Vigreri, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in Aa.Vv., *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, 2021, 55; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento e riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 57 ss.; S. Alvaro, M. Lamandini, A. Police, I. Tarola, *La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica: Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*, in *Quaderno Consob*, 2019, 20, 5 ss.; A. Sacco Ginevri, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *Federalismi.it*, 16 novembre 2016; R. Angelini, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Astrid Rassegna*, 2018, 8; G. Napolitano, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, 1 ss.

ressi nazionali facenti capo, in quel caso, esclusivamente a determinate imprese già pubbliche. In base a tale normativa, gli statuti delle società privatizzate dovevano prevedere clausole attributive di poteri speciali al Ministro dell'economia e delle finanze (la *golden share*); detti poteri consistevano essenzialmente nell'espressione di un gradimento all'ingresso di nuovi soci e del veto all'acquisto, da parte di terzi, di partecipazioni rappresentative anche solo di una parte minoritaria del capitale sociale (pari ad un ventesimo), nonché alla stipula di patti tra azionisti che, insieme, detenessero una partecipazione del medesimo valore, qualora tali acquisti e tali patti fossero suscettibili di danneggiare alcuni "interessi vitali" dello Stato. In effetti, l'inserimento forzato di queste clausole statutarie consentiva allo Stato di continuare a esercitare una funzione di «*sorveglianza attiva*» sulle società operanti in settori strategici – ormai soggetti alla disciplina del mercato – a tutela di vitali interessi nazionali.

La normativa in materia di *golden share*, pur oggetto nel tempo di modifiche e riscritture, non è però mai riuscita a superare il vaglio delle istituzioni europee², che hanno ripetutamente contestato la genericità e l'ampiezza dei poteri attribuiti al Governo nazionale, l'eccessiva discrezionalità nell'esercizio degli stessi, l'incertezza nella formulazione dei criteri e l'assenza di proporzionalità del meccanismo che, a fronte di partecipazioni azionarie minoritarie, consentiva al socio pubblico di esercitare penetranti poteri di veto o di gradimento.

Con l'emanazione del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, si segnò, pertanto, un vero e proprio punto di rottura rispetto alla disciplina previgente, distinguendosi la nuova cornice normativa, rispetto al passato, per un maggior grado di intelligibilità e di coerenza interna.

Il nuovo impianto normativo nacque, infatti, con una *mission* specifica: quella di rendere compatibile l'esercizio dei poteri speciali con le indicazioni e i

² Un primo intervento della Corte di giustizia del 23 maggio 2000, aveva sanzionato la disciplina della *golden share* contenuta negli artt. 1, n. 5, e 2, del decreto-legge n. 322/1994, ritenendola in contrasto con le disposizioni del Trattato CE in materia di diritto di stabilimento (art. 43), libera prestazione dei servizi (art. 49) e libera circolazione dei capitali (art. 56). Sebbene l'art. 66, comma 3, legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Legge finanziaria per il 2000) e il D.P.C.M. 11 febbraio 2000 avessero modificato la disciplina in questione con l'intento di renderla compatibile con i principi del Trattato, la Commissione aveva nel febbraio 2003 prospettato una nuova procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano. A fronte di tale censura, la successiva riforma della *golden share* – inserita nella legge finanziaria per il 2004 (legge 24 dicembre 2003, n. 350, art. 4, commi 227-231) – aveva operato, in considerazione dei rilievi formulati dalla Commissione europea, una generale revisione della suddetta disciplina. Con il ricorso proposto il 28 giugno 2006 (IP/06/859), la Commissione europea aveva tuttavia ritenuto che le disposizioni della normativa italiana (legge n. 474/1994, come modificata dalla legge n. 350/2003) riguardanti gli investimenti nelle società privatizzate, costituissero restrizioni ingiustificate alla libera circolazione dei capitali (art. 56 CE) e alla libertà di stabilimento (art. 43 CE) (12). La valutazione di compatibilità della *golden share* investì inevitabilmente anche i criteri contenuti nel D.P.C.M. del 2004 (art. 1, comma 2). La Corte di giustizia europea con sentenza 26 marzo 2009 (causa C-326/07), accogliendo il ricorso della Commissione, bocciò la *golden share* italiana, giudicando contrarie alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione di capitali (16) sia le disposizioni di cui al decreto-legge n. 332/1994 che il decreto del 2004.

principi promananti dalle autorità europee³, che più volte avevano rimproverato il legislatore nazionale per l'opacità e la scarsa prevedibilità nell'utilizzo dello strumento di controllo. Il decreto-legge n. 21 del 2012, pertanto, riscrisse la disciplina in materia di poteri speciali abrogando il nucleo costitutivo della normativa previgente: il cambio di rotta fu assoluto.

Quelli che in precedenza erano poteri privatistici dell'azionista pubblico, legati a doppio filo ai processi di privatizzazione, divennero poteri pubblicistici esterni alla *governance*.

Non più una *share*, ma un *power* che nasce al di fuori della società.

Si passò, così, dalla partecipazione azionaria pubblica assistita da speciali prerogative (*golden share*), operante sul piano della *governance* societaria, a un sistema di poteri di carattere generale (*golden powers*), che si applicava indistintamente a tutte le imprese operanti in settori di rilevanza strategica o detentrici di *assets* strategici, a prescindere da un'eventuale partecipazione pubblica al capitale di rischio dell'impresa. In sostanza, nel nuovo assetto la titolarità dei poteri risultava completamente sganciata dalla qualifica di azionista.

Nel passaggio da un sistema privatistico-soggettivo a un sistema pubblicistico-oggettivo si coglie anche il senso stesso della transizione dallo Stato azionista allo Stato supervisore, investito di poteri non (più) solo interdittivi e oppositivi ma anche prescrittivi, a protezione di imprese pubbliche e private.

Dal punto di vista della disciplina, il sistema di controllo approntato dal decreto-legge n. 21 del 2012 (il cui ambito di regolazione fu completato nel 2014⁴) definì in modo più rigoroso, rispetto al passato, le operazioni da verificare, i presupposti e i criteri per l'esercizio dei poteri speciali, circoscrivendo notevolmente i margini di discrezionalità a disposizione del Governo.

³ La Corte di Giustizia ha individuato una serie di requisiti necessari affinché l'intervento statale attraverso i poteri speciali possa essere considerato compatibile con le libertà fondamentali dell'Unione, in particolare con la libertà di circolazione dei capitali ed il diritto di stabilimento. Le caratteristiche di una *golden share* "virtuosa" sono state così delineate:

- 1) l'esistenza di un testo normativo preciso;
- 2) un sistema di controllo statale successivo e non di autorizzazione preventiva;
- 3) termini di tempo precisi per esporre l'opposizione;
- 4) obbligo di motivare l'interferenza dello Stato;
- 5) un controllo giurisdizionale effettivo.

⁴ Cfr. DPR 19 febbraio 2014, n. 35 «*Procedure in materia di poteri speciali nei settori della difesa e della sicurezza nazionale*»; DPR 25 marzo 2014, n. 85 «*Attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*»; DPR 25 marzo 2014, n. 86 «*Procedure in materia di poteri speciali nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*»; Dpcm 6 giugno 2014, n. 108, «*Attivi di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale*»; Dpcm 6 agosto 2014 «*Individuazione delle modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali*»; Dpcm 15 dicembre 2014 «*Istituzione del Gruppo di coordinamento delle attività per l'esercizio dei poteri speciali di cui all'articolo 3 del Dpcm 6 agosto 2014*». Tra gli altri, G. Napolitano, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 549; G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008 1083 ss.

I poteri speciali divennero, quindi, essenzialmente le facoltà del Governo di opporsi, o di fissare condizioni particolari, rispetto all'acquisto di partecipazioni da parte di qualsiasi soggetto diverso dallo Stato e da soggetti sotto controllo pubblico in società che svolgevano attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e sicurezza nazionale (art. 1, decreto-legge 21/2012) e nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (art. 2, decreto-legge 21/2012).

Benché novellati, i *golden powers* conobbero improvvisa notorietà, anche dal punto di vista politico e mediatico, solo nel 2017, in occasione del contestato ingresso e della crescente influenza di *Vivendi* in Telecom⁵, cioè con riferimento all'investimento di un operatore francese, e dunque europeo, nell'ambito del libero mercato interno delle comunicazioni elettroniche⁶.

Da allora, la disciplina si è progressivamente infittita ed allargata, fino ad arrivare ai provvedimenti adottati nella situazione di emergenza sanitaria e, quindi, economica determinata dalla pandemia.

Si fa riferimento, in particolare, alle misure di cui agli artt. 15, 16 e 17 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (conv. in legge 5 giugno 2020, n. 40- c.d. "decreto liquidità").

Le norme, inserite nel Capo III, intitolato «*Disposizioni urgenti in materia di esercizio di poteri speciali nei settori di rilevanza strategica*», irrigidiscono il controllo sugli investimenti esteri diretti nel nostro paese estendendo l'ambito di operatività del c.d. *golden power* in senso oggettivo (quanto ai settori monitorati) e soggettivo (quanto ai soggetti interessati)⁷.

Ulteriore cenno va fatto agli articoli da 24 a 28 del decreto legge 21 marzo 2022, n. 21 (convertito con modificazioni dalla legge n. 51 del 20 maggio 2022)

⁵ Il caso riguarda la *Vivendi*, società francese quotata alla Borsa di Parigi, che entrò nel capitale sociale di Telecom nel giugno del 2015 con una partecipazione iniziale pari al 6,66%, salvo poi progressivamente incrementarsi fino a raggiungere il 23,925% del capitale sociale di Telecom. La Consob, con Comunicazione n. 0106341 del 13 settembre 2017, qualificò tale rapporto partecipativo di *Vivendi* in Telecom in termini di controllo societario di fatto a seguito della constatazione che *Vivendi*, nella riunione del 13 settembre 2017, era riuscita a nominare la maggioranza dei consiglieri di amministrazione di Telecom. Il 14 dicembre 2020, con pronuncia n. 7972, la sesta sezione del Consiglio di Stato, in riforma della sentenza Tar Lazio del 17 aprile 2019 che rigettava l'impugnazione di *Vivendi S.A.* contro la comunicazione Consob, ha annullato la suddetta comunicazione. Sul punto, vedi anche L. Fiorentino, *Verso una cultura del golden power*, in *Golden Power, Sistema di Informazione per la Pubblica Sicurezza*, 2019, 20-27.

⁶ Si ricorda che il 16 ottobre 2017 *Vivendi* ha ricevuto notifica del Dpcm 16 ottobre 2017, con cui la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha esercitato i poteri speciali ai sensi degli artt. 1 co. 1, lettera a), e 5, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 e dell'art. 6, co.3, del Dpr 19 febbraio 2014, n. 35, mediante l'imposizione di specifiche prescrizioni e condizioni. Lo stesso Dpcm, prevede altresì l'istituzione, presso la presidenza del Consiglio, di un comitato di monitoraggio funzionale a verificare l'ottemperanza alle prescrizioni del decreto e acquisire, dall'Organizzazione di sicurezza, le informazioni relative al piano di sviluppo degli investimenti nei settori strategici.

⁷ A. Scogliamiglio, *Lo Stato stratega (o lo Stato doganiere) affila le armi: le disposizioni emergenziali in materia di controllo sugli investimenti esteri*, in Aa.Vv., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, Napoli, 2020, 159 ss.

che, proprio alla luce dell'accresciuta strategicità di alcuni settori e della necessità di potenziare le strutture amministrative coinvolte ridefiniscono, nei termini che specificheremo nei paragrafi che seguono, i poteri speciali in materia di difesa e sicurezza nazionale, di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia di quinta generazione (5G) e *cloud*, e prevedono la possibile individuazione, a mezzo di DPCM, di misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relativi all'istruttoria finalizzata all'eventuale esercizio dei poteri speciali, in particolare la "pre notifica", che consente una valutazione preliminare delle operazioni.

È, infine, dello scorso 2 agosto, come vedremo più approfonditamente nel corso del presente scritto, l'adozione del nuovo regolamento in materia di poteri speciali.

2. *L'evoluzione della disciplina dei poteri speciali: dalla golden share ai golden powers*

Come accennato in premessa, l'assetto normativo originario in materia di poteri speciali⁸ è stato dettato dal decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, il cui articolo 2 prevedeva che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri si procedesse a individuare, tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato e operanti in alcuni specifici settori (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi), quelle nei cui statuti dovesse essere introdotta, prima della perdita del controllo da parte dell'azionista pubblico, una clausola che attribuisse al Ministro del tesoro la "titolarità" di poteri speciali⁹.

Tra questi si potevano annoverare: (i) poteri di gradimento all'assunzione di partecipazioni rilevanti; (ii) poteri di gradimento alla conclusione di patto o accordi parasociali; (iii) poteri di veto all'adozione di alcune delibere societarie di particolare rilevanza; (iv) poteri di nomina di un amministratore o di un numero di amministratori non superiore a un quarto dei membri del consiglio e di un sindaco.¹⁰

⁸ Il sistema italiano traeva ispirazione dai modelli della *golden share* britannica e della *action spécifique française*, anch'essi introdotti nel corso dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche.

⁹ P. Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative*, in *AIC Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2020, 2, 121-148; M.G. Della Scala, *Le società pubbliche*, cit., 167.

¹⁰ A. Scognamiglio, *Lo Stato stratega (o lo Stato doganiere) affila le armi: le disposizioni emergenziali in materia di controllo sugli investimenti esteri in Oltre la pandemia Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, a cura di G. Palmieri, Vol. I, Napoli, pp. 159-178.

Il tutto, disponeva espressamente l'art. 2, «*tenuto conto degli obiettivi di politica economica e industriale*».

In attuazione di tale disposizione, negli statuti di società tra le quali Eni S.p.A., Telecom Italia S.p.A., Enel S.p.A. e Finmeccanica S.p.A. furono introdotte apposite clausole relative ai suddetti poteri speciali.

L'attribuzione di tali poteri trovava, invero, fondamento nella volontà dello Stato di conservare, anche a seguito della dismissione delle partecipazioni di controllo, un'ingerenza nelle società privatizzate che operavano in settori considerati di rilevanza strategica o che svolgevano attività di servizio pubblico¹¹.

Attraverso una parziale sottrazione alle logiche del mercato, e una evidente deroga al diritto societario, venivano dunque predisposti degli strumenti che consentivano allo Stato di impedire scalate non gradite (da parte, ad esempio, di operatori stranieri), di evitare l'adozione di delibere in grado di pregiudicare interessi pubblici e, più in generale, di esercitare un controllo sulla conduzione societaria¹².

La disciplina italiana fu giudicata dalla Corte di giustizia – in ben due occasioni¹³ e nonostante i tentativi di adeguamento da parte del Legislatore¹⁴ – contraria alle norme in materia di libera circolazione dei capitali e di diritto di stabilimento *ex artt.* 63 e 64 del TFUE in ragione, essenzialmente, dell'indeterminatezza dei presupposti per l'esercizio dei poteri speciali, dell'eccessiva discrezionalità riconosciuta allo Stato e del mancato rispetto del principio di proporzionalità¹⁵.

Come ebbero a rilevare diversi commentatori¹⁶, la Commissione e la Corte di giustizia non consideravano i poteri speciali contrari, in quanto tali, al diritto dell'Unione, bensì li ritenevano legittimi solo al ricorrere di precise condizioni: le misure di controllo dovevano essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, non dovevano avere natura discriminatoria, dovevano essere fondate su criteri obiettivi, stabili e resi pubblici e dovevano rispettare il principio di proporzionalità.

Nella sostanza, fu il differente approccio alla materia dei poteri speciali a generare il lungo contenzioso tra le istituzioni europee e gli Stati membri; men-

¹¹ M. Draghi, *Privatizzazioni e governo societario*, in Aa.Vv., *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, ...*; Corte Giust. EU, sentenza 23 maggio 2000, Commissione c. Repubblica italiana, Causa C-58/99, in *Racc.*, 2000, I-03811, e Corte Giust. EU, sentenza 26 marzo 2009, Commissione c. Repubblica italiana, C-326/07, in *Racc.*, 2009, I02291 e controlli, 2000, 205; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, cit., 579.

¹² G. Rossi, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 385 ss.

¹³ Corte Giust. EU, sentenza 23 maggio 2000, Commissione c. Repubblica italiana, Causa C-58/99, in *Racc.*, 2000, I-03811, e Corte Giust. EU, sentenza 26 marzo 2009, Commissione c. Repubblica italiana, C-326/07, in *Racc.*, 2009, I02291.

¹⁴ Ci si riferisce soprattutto alle novità introdotte attraverso l'art. 4, commi 227-231, della legge 24 dicembre 2003, n. 350.

¹⁵ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 169

¹⁶ E. Freni, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007.

tre le misure nazionali erano rivolte a condizionare la contendibilità di imprese di rilevanza strategica¹⁷, la Corte di giustizia¹⁸ e la Commissione erano, invece, volte a contenere eventuali limitazioni alla libertà di circolazione dei capitali e al diritto di stabilimento.

Con specifico riguardo alla situazione italiana, la disciplina dei poteri speciali (*golden share*) si traduceva in un contesto di misure volte a perseguire obiettivi di politica industriale, tra cui la cosiddetta *poison pill* (art. 1, commi 381-384, della legge 23 dicembre 2005, n. 266), volta a contrastare le scalate ostili di società partecipate in maniera rilevante dallo Stato; nonché la previsione di cui all'art. 7 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, attraverso la quale Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. è stata autorizzata ad «*assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese*»¹⁹.

A seguito dell'apertura di una nuova procedura d'infrazione,²⁰ e al fine di evitare un'ulteriore condanna da parte della Corte di giustizia, nel 2012 si è provveduto a riscrivere l'intera materia con il decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 convertito in legge 11 maggio 2012, n. 56.

Si tratta di un passaggio evolutivo del sistema normativo (sul presupposto dell'attribuzione al Governo non più di "azioni speciali" ma, in certi ambiti e a certe condizioni, di taluni "poteri speciali") che si è registrato, in un arco temporale tendenzialmente coincidente, in quasi tutti gli altri ordinamenti degli Stati europei²¹.

Il nuovo impianto normativo ha, innanzitutto, ridefinito l'ambito soggettivo di applicazione dei poteri speciali esercitabili da parte della Presidenza del Consiglio nei confronti di tutte le imprese che operano nei settori economici con-

¹⁷ V. Squaratti, *I limiti imposti dal diritto dell'Unione europea all'intervento pubblico nell'economia: la neutralità delle modalità di perseguimento di obiettivi imperativi di interesse generale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2014, 4, 1073 ss.

¹⁸ Corte Giust. EU, sentenza 4 giugno 2002, Commissione c. Portogallo, C367/98, in *Racc.*, 2002, I-04731.

¹⁹ P. Maccarone, *Poteri speciali e settori strategici*, cit.

²⁰ Procedura d'infrazione n. 2009/2255.

²¹ La riflessione è apertamente tratta da R. Garofoli, *Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *www.federalismi.it*, 2019, 4, secondo il quale: «La *golden share* nasce contestualmente all'avvio, nella maggior parte dei Paesi europei, di processi di privatizzazione sostanziale di aziende pubbliche attive in settori di particolare interesse nazionale. Il meccanismo consisteva nell'obbligatoria introduzione, negli statuti delle società da dismettere, della previsione che prescriveva il mantenimento in mano pubblica di una quota azionaria speciale e simbolica cui ricollegare la titolarità di taluni rilevanti poteri. In Italia, la richiamata legge 474 del 1994 stabilì che, prima del passaggio del controllo al mercato, le società privatizzate operanti nei settori della difesa, dei trasporti e delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi dovessero introdurre nei propri statuti clausole che attribuissero taluni poteri speciali all'allora Ministero del Tesoro, d'intesa con quello del Bilancio e dell'Industria. L'affermazione del modello si ha nel Regno Unito, ma si sviluppa in pressoché tutti i Paesi europei, ancorché con discipline non del tutto coincidenti e con terminologie distinte».

siderati di rilevanza strategica – difesa e sicurezza nazionale (art. 1), energia, trasporti e comunicazioni (art. 2) –, a prescindere dalla pregressa o attuale partecipazione pubblica al capitale di rischio di tali imprese²².

Il decreto-legge n. 21 del 2012 ha poi interamente attratto nella sfera pubblicistica i poteri speciali dello Stato, svincolandoli dal diritto societario²³ e sancendo così il passaggio dalla *golden share* al *golden power*²⁴.

Con il citato decreto, infatti, i poteri speciali non hanno più un legame genetico con operazioni di privatizzazione, il relativo ambito di esercizio non essendo più circoscritto alle sole imprese precedentemente in mano pubblica, ma riguardando tutti gli attori di un determinato settore o in possesso di certi *assets*. Conseguentemente, lo Stato non è più chiamato ad esercitare le proprie prerogative per mantenere l'influenza su un *ex* monopolista pubblico, operando come organo di regolazione degli investimenti esteri²⁵.

A ben vedere, le novità apportate dal decreto-legge hanno determinato l'effetto, per certi versi paradossale²⁶, di estendere sensibilmente l'ambito soggettivo di potenziale intervento dello Stato, senza peraltro quegli «indici formali incontestabili»²⁷ costituiti dalle clausole statutarie che regolavano i poteri speciali²⁸.

Tuttavia, a differenza del previgente regime normativo, in conformità con le indicazioni provenienti dalle istituzioni sovranazionali, sono stati meglio definiti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali, ora attivabili solo in presenza di situazioni in grado di determinare un grave pregiudizio per gli interessi pubblici, individuati dal legislatore e sulla base di elementi di valutazione già definiti dalla normativa primaria, previo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su conforme delibera del Consiglio dei Ministri²⁹ e svolte le attività propedeutiche da parte del Gruppo di coordinamento, composto da un comitato interministe-

²² C. San Mauro, *La disciplina della nuova golden share*, in *Federalismi.it*, 2012, 21, 1-25; A. Scognamiglio, *op. cit.*, 170.

²³ A. Comino, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1019 ss.

²⁴ Con riferimento alla natura dei poteri speciali riservati allo Stato con il decreto-legge n. 121/2012, si è ritenuto che si sia optato per un chiaro regime amministrativo superando «ogni tentativo di dare una veste privata ai poteri dello stesso, riconoscendo chiaramente la natura amministrativa»; M. Allena, *Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*, in *Dir. Econ.*, 2012, 639-661.

²⁵ R. Garofoli, *op. cit.*, 3-14.

²⁶ L. Torchia, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 1, 4.

²⁷ A. Sacco Ginevri, F.M. Sbarbaro, *La transizione dalla golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *NLCC*, 2013, 1.

²⁸ Vedi R. Garofoli, *op. cit.*, 8, secondo il quale «Non è più una clausola statutaria – o un'azione – a fondare i poteri speciali, bensì una normativa di carattere generale. Si esce così dall'ambito privatistico e si entra pienamente nel campo del diritto pubblico».

²⁹ M.G. Della Scala, *Le società pubbliche*, cit., 167.

riale di rappresentanti della Presidenza e delegati designati dai Ministeri interessati, nel quale ciascun componente esprime un parere di competenza sull'eventuale esercizio dei poteri speciali³⁰.

Inoltre, in ossequio al principio di proporzionalità, è stata stabilita una graduazione nell'esercizio dei poteri, atteso che il ricorso alle misure maggiormente invasive (quali il veto all'adozione di delibere, atti e operazioni e l'opposizione all'acquisto di partecipazioni) è consentito solo qualora l'imposizione di condizioni o prescrizioni (misura introdotta per la prima volta dal decreto-legge n. 21 del 2012, convertito con legge 11 maggio 2012, n. 56) si riveli insufficiente a tutelare l'interesse pubblico³¹.

Il decreto-legge ha, infine, rimesso alla normativa secondaria la definizione di alcuni aspetti della disciplina, tra cui, ad esempio, l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale e degli aspetti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Tutto ciò premesso, i primi due articoli del su citato decreto-legge prescrivono, alle imprese o società che svolgono attività di rilevanza strategica, l'obbligo di notifica degli atti, operazioni ovvero delibere all'ufficio denominato "*Servizio per le attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali*" presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Alla stessa stregua devono essere notificate le acquisizioni delle partecipazioni societarie; nel caso di attività nei settori della difesa e della sicurezza la comunicazione deve avvenire chiunque sia l'acquirente.

Nel caso di attività di rilevanza strategica relativa ai settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni vanno notificate anche le acquisizioni da parte di soggetti esterni all'UE esclusivamente quando l'acquisizione presupponel'inseadimento stabile dell'acquirente.

Inizialmente il termine per la conclusione del procedimento era di 15 giorni al termine dei quali, se il Governo ravvisava una "minaccia di grave pregiudizio" per l'interesse pubblico poteva, in base al caso concreto, attivare le misure previste, già indicate precedentemente; ad oggi, a causa del notevole incremento delle notifiche pervenute alla Presidenza del Consiglio – solo nel 2021 vi è stata una crescita pari al 45% rispetto all'anno precedente e, conseguentemente, i tempi sono stati dilatati.

È stato esteso a 45 giorni il termine per la decisione dopo la notifica, seguito da 20 giorni di istruttoria eventuale per le parti e 10 giorni verso i terzi.

³⁰ Art. 5 del D.P.C.M. 6 agosto 2014, n. 108, Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale

³¹ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 171.

L'impressione finale è che il legislatore nazionale abbia “procedimentalizzato” un potere che, nella sostanza, rimane comunque connotato da un elevato tasso di discrezionalità politica (difficilmente censurabile in giudizio), prima ancora che amministrativa³².

Il decreto-legge n. 21 del 2012 è stato successivamente modificato dal decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, la cui novità più rilevante è consistita nell'estensione dei poteri speciali esercitabili nei comparti dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni ai settori ad «alta intensità tecnologica» (tra i quali sono ricompresi, ad esempio, le infrastrutture finanziarie e le tecnologie critiche come l'intelligenza artificiale); inoltre, ulteriori modifiche sono state approvate a seguito dell'emanazione del Regolamento UE 2019/452³³ che, innanzitutto, ha esteso il numero di settori strategici rispetto alla normativa italiana. Tra quelli di maggior impatto c'è sicuramente l'introduzione delle reti di telecomunicazione elettronica a banda larga con tecnologia 5G, attraverso il decreto-legge 25 marzo 2019, n. 22 ma, soprattutto, il Regolamento ha imposto agli Stati Membri dell'Unione di notificare alla Commissione – la quale esprimerà parere non vincolante – tutte le proposte di investimenti esteri diretti, cioè tutte quelle acquisizioni volte a mantenere un legame stabile tra investitore ed impresa.

Le riferite modifiche normative, estendendo il presidio securitario anche a settori che, in passato, potevano sembrare marginali (pensiamo al ruolo strategico ed ormai irrinunciabile delle reti di telecomunicazione più avanzate (5G) come anche

³² E.M. Tepedino, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488*, in *Amministrazione In Cammino*, Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bechelet”, 21 giugno 2022.

³³ A decorrere dall'11 ottobre 2020, il Regolamento ha previsto un'articolata cooperazione e coordinamento tra gli Stati membri e la Commissione europea, con riferimento agli investimenti esteri diretti oggetto di vaglio a livello nazionale, suscettibili di incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico in più Stati membri. Dall'avvio della cooperazione europea sul controllo degli investimenti esteri diretti, l'Italia è risultata tra i principali protagonisti nel processo europeo in questione (è stabilmente tra i cinque Stati membri attivanti il meccanismo di cooperazione europea, insieme a Francia, Germania, Spagna e Austria). Più in dettaglio, a partire dall'11 ottobre 2020 e fino al 31 dicembre 2021, l'Italia ha trasmesso, all'interno del meccanismo di cooperazione europea, n. 96 notifiche riguardanti investimenti esteri diretti nel proprio territorio (in 37 casi si è aperta la cd. “fase 2”). Inoltre, in 29 casi la Commissione europea e gli Stati membri si sono avvalsi, ai sensi del citato articolo 6, comma 6, del Regolamento UE, della facoltà di richiedere informazioni supplementari. Dall'altro lato, nell'arco temporale considerato, l'Italia è risultata destinataria, da parte di tutti gli altri Stati membri, della notizia di n. 375 operazioni di investimento nel loro territorio. L'auspicio è che dall'implementazione del nuovo Regolamento europeo possa derivare una maggiore coerenza decisionale, oltre alla convergenza dei sistemi di controllo, ove istituiti (peraltro, nella comunicazione del 6 aprile 2022 sopra citata la Commissione ha invitato gli Stati membri che al momento non dispongono di un meccanismo di controllo, o i cui meccanismi di controllo non coprono tutte le “operazioni IDE” pertinenti ad istituire con urgenza un meccanismo globale di controllo degli IED e, nel frattempo, ad utilizzare altri strumenti giuridici adeguati per affrontare i casi in cui l'acquisizione o il controllo di una particolare impresa, infrastruttura o tecnologia creerebbe un rischio per la sicurezza o l'ordine pubblico nell'UE).

alle infrastrutture di nuova generazione), hanno ridefinito la nozione stessa di sicurezza nazionale, la quale esige oggi più che mai una difesa costante rispetto ad insidie e minacce che rischiano di esporre il Paese ad una vulnerabilità accentuata.

Del resto, la portata estremamente invasiva e pervasiva delle minacce di natura cibernetica, la pluralità delle possibili fonti di aggressione e di indebita interferenza -soggetti privati, attori statuali – la stessa eterogeneità degli attacchi o dei possibili incidenti rappresentano tutti insieme fattori di estrema preoccupazione che richiedono un quadro protettivo e di massima resilienza che, per l'intrinseca natura dei mezzi e degli strumenti impiegati, impone adattamenti ed affinnamenti continui

Ecco, allora, che il ruolo dello Stato, nell'esercizio dei poteri indicati, è non più quello di semplice "regolatore", non potendo e non dovendo mancare, nei decisori pubblici, una capacità di analisi strategica di tipo anche geoeconomico e geopolitico, naturalmente saldamente poggiante su verifiche e valutazioni tecniche complesse³⁴. Come vedremo meglio nelle conclusioni si tratta comunque di un'attività amministrativa, benché connotata da un'amplissima discrezionalità.

In tal senso, infatti, le valutazioni sottese alla decisione di procedere al concreto esercizio dei poteri speciali costituiscono scelte di alta amministrazione, come tali sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità delle decisioni assunte.

3. *Gli ultimi sviluppi normativi: il decreto-legge n. 23 del 2020, il decreto-legge n. 21 del 2022 e il decreto-legge n. 187 del 2022*

La crisi determinata dalla pandemia ha spinto il legislatore italiano a rivisitare, attraverso le misure introdotte prima con il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (convertito con legge 5 giugno 2020, n. 40), cd. "decreto liquidità", successivamente con il decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21, anche la disciplina dei *golden powers*.

Gli interventi, invero, non rientrano propriamente tra le misure dirette a fronteggiare la crisi economica indotta dalla pandemia ma sono, certamente, collegate alla stessa.

Quindi, in tale contesto sono state adottate, dalle istituzioni nazionali ed europee³⁵, anche altre politiche: fiscali e monetarie espansive.

Politiche necessarie nel contesto della crisi indotta dalla pandemia con cui lo Stato ha ritenuto di fornire una risposta al timore che imprese italiane, atti-

³⁴ La riflessione è apertamente tratta da R. Garofoli, *op. cit.*, 9.

³⁵ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 168.

ve in settori reputati strategici, di poter essere vittime di “aggressioni” da parte di soggetti esteri, i quali potrebbero voler “approfittare” delle condizioni vantaggiose dettate dalla attuale e difficile situazione economica.

In particolare, con le previsioni del decreto-legge n. 23 del 2020 si è esteso, seppur temporaneamente³⁶, il regime dei *golden powers* ad un numero più ampio di casi e sulla base di regole più stringenti per gli operatori stranieri³⁷.

Le nuove norme, traendo forza dalle linee guida, ad hoc adottate dalla Commissione UE, e dirette a sollecitare gli stati UE, a fare uso dei poteri speciali nella fase epidemiologica onde evitare una perdita di risorse tecnologiche critiche³⁸, hanno introdotto meccanismi di controllo degli investimenti esteri al fine di impedire che, a causa dell'improvvisa ed imprevedibile emergenza sanitaria, gli assets italiani operativi nei settori considerati strategici potessero costituire oggetto di operazioni speculative o, comunque, essere acquistate in maniera indiscriminata e a prezzi di favore da soggetti esteri.

³⁶ R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *Federalismi.it*, 8 giugno 2022, secondo il quale «Il quadro è cambiato dapprima, in via transitoria, con il decreto legge 8 aprile 2020, n. 23, in considerazione della situazione di emergenza epidemiologica COVID-19, al fine di rafforzare la protezione in una situazione di particolare vulnerabilità del mercato mobiliare e di crisi delle imprese, maggiormente esposte a possibili tentativi di acquisizione da parte di imprese estere. Con efficacia prorogata da ultimo al 31 dicembre 2022, è stato esteso il campo di applicazione della disciplina dei poteri speciali: a) anche ad operazioni intra-europee nel caso di acquisizione del controllo (di partecipazioni in società che detengono attivi strategici «di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto») di *asset* rientranti nei settori di cui all'articolo 2 del decreto-legge n. 21/2012; b) ad operazioni extra-europee di acquisizioni di partecipazioni di minoranza di una quota dei diritti di voto o del capitale almeno pari al 10%, tenuto conto delle azioni o quote già direttamente o indirettamente possedute, quando il valore complessivo dell'investimento sia pari o superiore a un milione di euro (sono altresì notificate le acquisizioni che determinano il superamento delle soglie del 15%, 20%, 25% e 50% del capitale) [...] Da ultimo, con il decreto legge 21 marzo 2022 n. 21 le sopra menzionate disposizioni transitorie sono state trasformate in norme a regime (e inserite nel testo del decreto-legge n. 21/2012)».

³⁷ G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1083 ss. Sul punto si vedano anche Aa.Vv., *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, 2012; R. Miccù, *Lo Stato regolatore e la nuova Costituzione economica: paradigmi di fine secolo a confronto*, in Aa.Vv., *Il modello europeo di regolazione*, a cura di P. Chirulli, R. Miccù, Napoli, 2011, 138 ss.; M.R. Mauro, *L'effetto del Covid-19 sull'accesso degli investimenti stranieri: le recenti modifiche introdotte nel regime di “golden power”*, in Aa.Vv., *Gli effetti dell'emergenza Covid su commercio, investimenti e occupazione, una prospettiva italiana*, a cura di P. Acconci, E. Baroncini, Bologna, 2020, 193-223; A. Scognamiglio, *op. cit.*, 159 e ss.

³⁸ v. le Comunicazioni del 13 marzo e del 26 marzo 2020, con cui la Commissione ha invitato gli Stati membri «ad avvalersi appieno, sin da ora, dei meccanismi di controllo degli IED [investimenti esteri diretti] per tenere conto di tutti i rischi per le infrastrutture sanitarie critiche, per l'approvvigionamento di fattori produttivi critici e per altri settori critici, come previsto nel quadro giuridico dell'UE».

Rilevano così le modifiche alla disciplina italiana del golden power realizzate in forza del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, c.d. "decreto liquidità"³⁹, in particolare con gli articoli 15, 16 e, indirettamente, l'articolo 17.⁴⁰

Si tratta di disposizioni normative che hanno condotto a diversi risultati, tra cui l'ampliamento dei settori di intervento; la dilatazione degli obblighi di notifica; l'incremento dei soggetti tenuti alla notifica; l'avviamento della procedura d'ufficio; l'estensione dei poteri della Consob che, con provvedimento motivato da esigenze di tutela degli investitori nonché di efficienza e trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali, può prevedere, per un limitato periodo di tempo, casi di obbligo di comunicazione da parte dei soggetti che partecipano in un emittente di azioni quotate, avente l'Italia come Stato membro d'origine, stabilendo all'uopo soglie ulteriori (in aggiunta alle soglie indicate nel primo periodo del comma 4-bis dell'art. 120, decreto legislativo n. 58/1998), nella fattispecie del 5 per cento, per società ad azionariato particolarmente diffuso.

Occorre inoltre specificare che il Governo, in attuazione del decreto-legge n. 23 del 2020, ha adottato l'apposito DPCM 18 dicembre 2020, n. 179, entrato in vigore il 14 gennaio 2021, attuativo della nuova disciplina del "Golden Power", attraverso il quale ha individuato le infrastrutture, le tecnologie e le attività economiche esercitate dalle grandi imprese che devono essere protette contro eventuali tentativi di acquisizioni estere, favorite dalla nuova crisi economica determinata dalla pandemia da Covid-19.

In particolare, tra i settori meritevoli di specifica tutela dal citato decreto sono stati ulteriormente individuati quelli relativi a energia, acqua, salute, mercato finanziario, creditizio e assicurativo, intelligenza artificiale, robotica, semiconduttori, cybersicurezza, nanotecnologie, biotecnologie e, infine, approvvigionamento di fattori produttivi, ove si introducono due novità fondamentali: l'estensione dell'ambito di applicazione dei poteri speciali ed il potere del Governo di procedere d'ufficio⁴¹ (tali principali previsioni in materia sono contenute, in particolare, negli articoli 15, 16 e 17 del decreto)⁴².

Deve essere inoltre menzionata la modifica riguardante la comunicazione al Governo, da parte degli investitori esteri, non appartenenti all'UE, quando questi acquistano una quota di voto o una percentuale almeno del 10% del capitale,

³⁹ M. R. Mauro, *op. cit.*, 204; V. Donativi, *I golden powers nel 'decreto-legge Liquidità'*, reperibile in internet al seguente indirizzo: [https://blog.ilcaso.it/news_918/24-04-20/I_golden_powers_nel_\"D.L. liquidità\"](https://blog.ilcaso.it/news_918/24-04-20/I_golden_powers_nel_\).

⁴⁰ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 159.

⁴¹ A. Aresu, *Golden power e interesse nazionale: tra geodiritto e geotecnologia*, in *Golden Power (GNO-SIS, Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica)*, 2019).

⁴² L.V.M. Salamone, G. Pacifico, *La disciplina giuridica dei poteri speciali dello Stato sugli assetti societari e i trasferimenti tecnologici nei settori strategici alla luce del decreto-legge n. 23/2020 (c.d. \"Decreto liquidità\") e dei DD.PP.CC.MM. 18 dicembre 2020, n. 179 e n. 180, Il diritto amministrativo Rivista giuridica*, 2022, 2.

con l'obbligo di notificarlo all'organo preposto anche nei casi in cui l'acquisizione non determini un insediamento stabile.

Ulteriore novità per gli acquirenti non europei consiste nell'obbligo di notifica, specifico nel caso in cui comprino una quota del valore pari al 15%, 20%, 25% o 50% del capitale. Questi interventi a seguito degli eventi che hanno caratterizzato gli ultimi anni, che verranno analizzati più nello specifico nel prossimo capitolo, sono stati estesi anche a soggetti interni all'UE. Le misure sopra riportate devono, però, sempre rispettare il divieto di trattamenti discriminatori e devono essere sempre applicate in ragione di motivi di sicurezza e difesa nazionale.⁴³

Per meglio comprendere l'area di intervento dei poteri speciali nel periodo emergenziale, appare interessante porre l'attenzione sulla vicenda di MolMed, che rappresenta uno tra i primissimi casi di esercizio del *golden power* dopo la riforma contenuta nel più volte citato "decreto liquidità".

La vicenda della *biotech* milanese è esemplificativa, sia dell'ampliamento dell'area di intervento del *golden power*, sia dell'evoluzione del concetto di sicurezza economica.

Nella fattispecie il Consiglio dei Ministri, con DPCM 6 luglio 2020, ha deliberato l'esercizio dei poteri speciali nella forma di imposizione di specifiche prescrizioni, soggette a monitoraggio, in relazione all'operazione notificata dalla società AGC Inc. di acquisizione da parte di AGC Biologics Italy S.p.a. delle azioni ordinarie della società MolMed S.p.a., un'azienda di biotecnologie mediche specializzata in ricerca, sviluppo, produzione e validazione clinica di terapie geniche e cellulari per la cura del cancro e di malattie rare⁴⁴.

Più dettagliatamente, il Governo ha prescritto ad AGC di:

- a) comunicare al Ministero dello sviluppo economico qualsiasi accordo di trasferimento di proprietà intellettuale tra MolMed e le società del Gruppo AGC Inc., in merito soprattutto al trattamento della leucemia mieloide acuta e del mieloma multiplo;
- b) mantenere sul territorio nazionale l'attività di ricerca e sviluppo, inclusi i laboratori di ricerca e gli stabilimenti produttivi annessi;
- c) mantenere inalterati i livelli occupazionali del personale preposto a svolgere attività essenziali per la ricerca e lo sviluppo;
- d) garantire la prosecuzione delle attività di collaborazione con le istituzioni italiane ed europee.

AGC ha deciso di non volersi avvalere della clausola sospensiva e di proseguire l'offerta pubblica di acquisto accettando le prescrizioni governative.

⁴³ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 176 e ss.

⁴⁴ L. Liviadotti, *Intelligence economica e nuovo Golden Power: il caso MolMed*, 2020. Disponibile al sito: <https://www.analyticaintelligenceandsecurity.it/wp-content/uploads/Liviadotti-Caso-MolMed.pdf>.

La materia dei controlli sugli investimenti esteri è stata rivista, da ultimo, con la disciplina di cui agli articoli da 24 a 28 del decreto-legge n. 21 del 2022, convertito in legge n. 51 del 20 maggio 2022.

Le norme rafforzano il controllo sugli investimenti stranieri in Italia alla luce dell'accresciuta strategicità di alcuni settori e della necessità di potenziare le strutture amministrative coinvolte.

In particolare l'articolo 24, modifica l'art. 1 del decreto-legge 15 marzo 2012 n. 21 (convertito dalla legge 11 maggio 2012, n. 56), estendendo il potere di veto del Governo ad ogni delibera, atto od operazione dell'assemblea o degli organi di amministrazione delle imprese operanti in settori di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, che abbia per effetto la modifica della titolarità, del controllo o della disponibilità degli attivi strategici.

La disposizione introduce rilevanti novità anche per quanto attiene agli aspetti procedurali, prevedendosi che siano – laddove possibile – sia il soggetto acquirente che il *target* a procedere congiuntamente alla notificazione. Peraltro, viene normata anche l'eventualità in cui tale notifica sia eseguita solamente da una delle due parti prevedendosi, in siffatta ipotesi, che la società *compliant* trasmetta, contestualmente alla suddetta notifica, un'informativa all'altro ente coinvolto, di modo che quest'ultimo possa partecipare al procedimento. In questo caso, alla società bersaglio sono forniti quindici giorni per presentare memorie e documenti alla Presidenza del Consiglio dei Ministri⁴⁵. Infine, anche l'impianto sanzionatorio viene esteso a entrambi i destinatari degli obblighi informativi, superando la precedente formulazione che prevedeva ammende ad esclusivo carico del soggetto acquirente che non avesse rispettato le prescrizioni imposte nei precedenti periodi.

L'articolo 25 del decreto-legge n. 21 del 2022, invece, stabilizza l'obbligo di notifica anche nel caso in cui l'acquirente di attiviazioni ai settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario/credizio assicurativo sia un soggetto appartenente all'Unione europea, ivi compresi quelli residenti in Italia. Si tratta, nei fatti, della stabilizzazione di una disposizione inizialmente introdotta in via temporanea in ragione dell'emergenza COVID-19 (già più volte, non senza polemiche, prorogata, da ultimo sino al 31 dicembre 2022⁴⁶).

⁴⁵ In tal modo il legislatore ha tentato di dare maggiore centralità alla posizione della società oggetto dell'iniziativa di investimento. Si ricordi che tali profili erano venuti in particolare rilievo nell'ambito dell'acquisizione, poi stoppata dal Governo Draghi, della società produttrice di semiconduttori Lpe Spa. Nella vicenda in questione, infatti, i proprietari erano giunti a definire addirittura "espropriativo" l'intervento del Governo. Sul tema v. F. De Bortoli, *Golden power, la LPE e la difesa del made in Italy*, in *L'economia, Corriere della Sera*, 20 aprile 2021.

⁴⁶ Proroga disposta dall'art. 17 del decreto-legge n. 228 del 30 dicembre 2021.

Per il resto, la disposizione introduce il medesimo meccanismo di vigilanza previsto dall'articolo precedente, questa volta con riferimento agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni⁴⁷.

I due successivi articoli si occupano di prevedere misure organizzative adeguate all'ampliamento del raggio d'azione della normativa in materia di *golden power*. In particolare, l'articolo 26 attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri l'adozione di misure di semplificazione della procedura, tra cui una sorta di "filtro", antecedente alla notifica formale, che consenta una verifica preliminare in ordine all'applicabilità della normativa e all'ammissibilità dell'operazione. L'articolo 27 invece, dispone l'istituzione di un nucleo di valutazione e analisi strategica *ad hoc* in materia di esercizio dei poteri speciali e prevede la facoltà, per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, di avvalersi della collaborazione della Guardia di Finanza e di altre amministrazioni pubbliche (che si vanno ad aggiungere agli enti di ricerca, già precedentemente previsti).

Infine, l'articolo 28 riscrive completamente la disposizione previgente in materia di poteri speciali inerenti alla comunicazione elettronica a banda larga basata sulla tecnologia 5G e *cloud*.

Anche in questo caso il controllo diventa molto più penetrante, prevedendosi – in luogo della precedente notifica *una tantum* del singolo accordo o contratto sensibile – un sistema di vigilanza continuativa imperniato sulla notifica, a carico dell'acquirente e di natura annuale, di un piano contenente una serie di informazioni puntualmente indicate nell'articolo in parola.

L'evoluzione della disciplina dei *golden powers* ha portato il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri a firmare, lo scorso 2 agosto, il DPCM di adozione del nuovo regolamento in materia di poteri speciali che rende operativa la riforma di cui al citato decreto-legge n. 21 del 2022⁴⁸.

Tra le principali novità introdotte dal DPCM, si segnalano le seguenti:

- nell'ottica di garantire maggiore speditezza istruttoria, l'affidamento delle decisioni di non esercizio dei poteri speciali al Gruppo di coordinamento istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, qualora vi sia unanimità nelle posizioni espresse dalle amministrazioni coinvolte;
- al fine di introdurre maggiore certezza anche a beneficio delle imprese, l'istituzione di una nuova procedura, di cosiddetta "prenotifica", che consente agli operatori economici interessati – ferma la necessità di rispettare i termini previsti per la formale notifica, se necessaria – di trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un'informativa sui progetti di operazione

⁴⁷ Individuati, questi, con D.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180, «Regolamento per l'individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni».

⁴⁸ Come dichiarato dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio dei Ministri Garofoli, il nuovo regolamento risponderebbe all'esigenza di semplificazione, con l'intento di evitare lunghe (e costose) attese per le aziende.

- che prevedono di concludere, in modo da ottenere, entro 30 giorni, informazioni sull'assoggettabilità o meno alla disciplina del *golden power*;
- nella prospettiva di rendere più semplice la conoscenza della disciplina da parte degli operatori economici, infine, il DPCM modifica e integra il previgente DPCM 6 agosto 2014 relativo all'attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri e lo aggiorna puntualmente a seguito delle modifiche normative nel frattempo intervenute, recependo prassi amministrative ormai consolidate.

Il nuovo regolamento si inserisce in un contesto di rinnovata attenzione da parte del Governo alla tutela degli *assets* strategici nazionali – anche alla luce delle importanti novità introdotte a livello europeo – nella prospettiva (così si legge sul sito del Governo) di mantenere un adeguato bilanciamento tra il rafforzamento dei controlli e la necessità di assicurare l'attrazione degli investimenti esteri.

A margine di tali considerazioni sembra doveroso aggiungere che è stato recentemente licenziato dalle Camere il disegno di legge di conversione del decreto-legge 5 dicembre 2022, n. 187, recante «*Misure urgenti a tutela dell'interesse nazionale nei settori produttivi strategici*» (approvato dal Senato della Repubblica il 18 gennaio e dalla Camera dei deputati il successivo 30 gennaio).

Detto decreto-legge, all'articolo 2, consente di attivare interventi di sostegno economico nei confronti delle imprese destinatarie di misure inerenti all'esercizio dei poteri speciali riconosciuti al Governo dal decreto-legge n. 21 del 2012 (“*golden power*”) nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché in alcuni ambiti ritenuti di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

Più in particolare la disposizione prevede che, successivamente all'esercizio dei poteri speciali, il Ministero delle imprese e del *made in Italy* valuti, su istanza dell'impresa notificante, la sussistenza dei presupposti per l'accesso a misure di sostegno della capitalizzazione dell'impresa, idonee a consentire un rafforzamento patrimoniale, ai fini dell'accesso con priorità al Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa⁴⁹, di cui all'articolo

⁴⁹ Il Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa è stato istituito presso il Ministro delle imprese e del *Made in Italy*, dall'articolo 43 del decreto legge n. 34 del 2020, e destinato alla ristrutturazione di imprese titolari di marchi storici di interesse nazionale iscritte nel relativo registro, e delle società di capitali, aventi un numero di dipendenti non inferiore a 250, che si trovino in uno stato di difficoltà economico-finanziaria, da individuarsi sulla base di criteri stabiliti con decreto ministeriale attuativo (D.M. 29 ottobre 2020). Il Fondo opera, nei limiti delle risorse disponibili, attraverso interventi nel capitale di rischio delle imprese che versano nelle predette condizioni, effettuati a condizioni di mercato, nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato (Comunicazione della Commissione europea 2014/C 19/04, recante orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio), nonché attraverso misure di sostegno al mantenimento dei livelli occupazionali, in coordinamento con gli strumenti vigenti sulle politiche attive e passive del lavoro. Il Fondo è gestito da Invitalia S.p.A. che, a valere sulle risorse disponibili, effettua investimenti diretti nel capitale di rischio a specifiche condizioni.

43 del decreto legge n. 34 del 2020. La valutazione del Ministero delle Imprese e del *Made in Italy* viene effettuata anche tenendo conto delle segnalazioni degli enti territoriali, ai fini del mantenimento della continuità operativa e dei livelli occupazionali nel loro territorio.

La medesima norma prevede, inoltre, che il Ministero delle Imprese e del *Made in Italy*, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, sempre su istanza dell'impresa notificante, possa chiedere di valutare, con priorità, la sussistenza dei presupposti per l'accesso agli interventi erogati dal patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'articolo 27⁵⁰, comma 1, del decreto legge n. 34 del 2020 (cosiddetto "decreto Rilancio").

Si stabilisce in ultimo che, nei due anni successivi all'esercizio dei poteri speciali, l'impresa è ammessa a formulare istanza per l'accesso prioritario agli strumenti dei contratti di sviluppo⁵¹ e degli accordi per l'innovazione⁵².

I criteri generali per l'effettuazione delle anzidette valutazioni, i termini e le modalità procedurali, per l'accesso alle misure di sostegno saranno determinati con decreto del Ministro delle Imprese e del *Made in Italy*, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 187 del 2022.

⁵⁰ Tale norma consente a Cassa Depositi e Prestiti (CDP S.p.A.) di costituire un patrimonio destinato, denominato Patrimonio Rilancio, a cui sono apportati beni e rapporti giuridici dal MEF. All'apporto del MEF corrisponde l'emissione, da parte di CDP S.p.A., a valere sul patrimonio destinato e in favore del MEF, di strumenti finanziari di partecipazione. Le risorse del patrimonio destinato sono impiegate per il sostegno e il rilancio del sistema economico produttivo italiano. In via preferenziale il patrimonio destinato effettua i propri interventi mediante sottoscrizione di prestiti obbligazionari convertibili, la partecipazione ad aumenti di capitale e l'acquisto di azioni quotate sul mercato secondario in caso di operazioni strategiche. Per il finanziamento delle attività del patrimonio destinato o di singoli comparti è consentita l'emissione, a valere sul patrimonio destinato o su singoli comparti, di titoli obbligazionari o altri strumenti finanziari di debito. Sulle obbligazioni del patrimonio destinato, in caso di incapienza del patrimonio medesimo, è concessa la garanzia di ultima istanza dello stato. La garanzia dello stato può essere altresì concessa in favore dei portatori dei titoli emessi per finanziare il patrimonio destinato, a specifiche condizioni.

⁵¹ I Contratti di Sviluppo costituiscono uno strumento di politica industriale finalizzato al sostegno di grandi progetti di investimento nei settori industriale, turistico, commerciale, e della tutela ambientale che registra una forte risposta da parte del tessuto produttivo nazionale, con particolare riferimento alle aree del Sud del Paese, sebbene non sia esclusivamente e direttamente destinato a tali realtà territoriali. In tal senso, rientra tra gli strumenti di politica di coesione economica, essendo, i contratti di sviluppo, per buona parte, finanziati attraverso le risorse dei Fondi strutturali europei, PON Competitività, e del Fondo per lo sviluppo e la coesione, con i relativi vincoli territoriali per esse previsti (80 per cento Mezzogiorno e 20 per cento Centro-Nord).

⁵² Gli Accordi per l'innovazione sono volti a finanziare progetti riguardanti attività di ricerca industriale e di sviluppo sperimentale per la realizzazione di nuovi prodotti, processi o servizi o il notevole miglioramento di prodotti, processi o servizi esistenti, tramite lo sviluppo delle tecnologie abilitanti fondamentali nell'ambito di specifiche aree di intervento riconducibili al secondo Pilastro del Programma quadro di ricerca e innovazione "Orizzonte Europa", di cui al Regolamento (UE) 2021/695. Ai fini dell'accesso alle agevolazioni previste dal D.M. 31 dicembre 2021 è necessario che sia definito l'accordo per l'innovazione tra il MIMIT, i soggetti proponenti e le eventuali amministrazioni pubbliche interessate al cofinanziamento dell'iniziativa. Le agevolazioni sono concesse nella forma del contributo diretto alla spesa e, eventualmente, del finanziamento agevolato a valere sulle risorse messe a disposizione dalle amministrazioni che hanno sottoscritto l'accordo per l'innovazione, nel rispetto di specifici limiti e criteri.

4. Conclusioni – Sulla natura dei poteri speciali

Per fornire compiute e definitive considerazioni in merito alla rinnovata disciplina dei *golden powers*, occorrerà, naturalmente, attendere qualche anno.

Si può tuttavia osservare che il tipo di controllo, continuativo e penetrante, che la nuova disciplina viene a configurare appare maggiormente coerente con le modalità operative tipiche di un'autorità indipendente.

Si tratta, infatti, di un sistema ormai scevro della mera discrezionalità politica (che è libera nella scelta dei fini), giacché, oramai è basato su criteri oggettivi⁵³, in quanto la legge indica i presupposti dell'esercizio dei poteri.

Il decreto con cui il Presidente del Consiglio dei Ministri, su conforme deliberazione del Consiglio dei Ministri, esercita i *golden powers* è, dunque, un'attività amministrativa, che, come tale, soggiace, nel limite e nella condizione del suo esercizio, al principio di legalità e, in particolare, al principio di ragionevolezza e di proporzionalità, secondo i canoni fissati dalla richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Si tratta, in ogni caso, di un'attività ad elevato tasso di discrezionalità, che si potrebbe definire amministrativa, pur se spesso esercitabile su di una base tecnica. Difatti, questa discrezionalità è disciplinata a mezzo di concetti indeterminati («minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali»), che sono più ampi di quelli che governano altri settori (per esempio, il settore dell'*antitrust*), da esercitare, quindi, effettuando valutazioni che non sono il frutto di una discrezionalità solo tecnica, ma anche «amministrativa», nel senso classico del termine, da intendersi come discrezionalità idonea a valutare gli interessi preminenti dello Stato, in modo pieno e diretto, secondo la volontà e lo spirito della legge⁵⁴.

Resta da dire, in ogni caso, che la scelta del nostro legislatore trova riscontro in un atteggiamento quanto meno guardingo o, se vogliamo, di più o meno accentuata chiusura nei confronti degli investimenti di soggetti esteri, che accomuna oggi molti dei Paesi europei (ma guardando oltreoceano si pensi anche ad Australia e Stati Uniti⁵⁵) che si sono mossi già da tempo nella stessa direzione

⁵³ F. Di Carlo, *Decreto Ucraina e restringimento del Golden power: verso la creazione di un'autorità nazionale?*, in *diritto.it*, 25 maggio 2022.

⁵⁴ R. Chieppa, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, cit., 10; da R. Garofoli, «Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative», cit., 13.

⁵⁵ Il tradizionale approccio liberista degli Stati Uniti d'America ha fatto sì che per lungo tempo l'intervento dello Stato nell'economia venisse considerato inopportuno. Nel 1993, l'amministrazione Clinton, a fronte della crescente frequenza di atti economici ostili, ha avviato una serie di riforme sostanziali a partire dalla creazione dell'*Advocacy center* (AC) nell'ambito del *Department of commerce*, con il compito di monitorare i mercati industriali stranieri e seguire le trattative economiche più rilevanti. La natura dell'AC ha fatto sì che venisse considerata una sorta di «*economic war room*», facendo riferimento alla simile struttura creata da Winston Churchill durante la Seconda guerra mondiale per coordinare gli sforzi bellici. La sicurezza economica è stata così elevata

contribuendo a dissipare facili preoccupazioni sulla possibile violazione di principi giuridici sovranazionali, primo fra tutti la libera circolazione dei capitali⁵⁶.

A partire dai primi mesi del 2020, l'economia italiana ha dovuto affrontare le conseguenze senza precedenti dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, con il conseguente blocco di quasi tutte le attività produttive.

Verificare, quindi, quali strumenti di intervento pubblico siano stati adottati per rispondere agli effetti devastanti della pandemia, al fine di sostenere il tessuto imprenditoriale è utile al fine di comprendere quante di queste misure abbiano effettivamente un carattere eccezionale e congiunturale legato all'emergenza e quante, al contrario, possano rivestire un ruolo di traino per l'economia a livello strutturale⁵⁷.

Nella fase di contrazione economica derivante dall'emergenza sanitaria, il governo ha, sì, adottato numerosi provvedimenti eccezionali di supporto alle imprese (decreto-legge n. 18 del 2020, n. 23 del 2020, n. 34 del 2020), ma ha anche ridisciplinato l'esercizio dei poteri speciali, «avvalendosi dei meccanismi di controllo degli investimenti esteri diretti e di tutte le opzioni disponibili al fine di fronteggiare eventuali casi in cui l'acquisizione o il controllo di una determinata impresa, infrastruttura o tecnologia possa comportare rischi per la sicurezza o l'ordine pubblico dell'Unione Europea, con la conseguente perdita di risorse e tecnologie critiche»⁵⁸.

Come delineato nei paragrafi che precedono, una crescita esponenziale dello strumento di controllo pubblicistico sugli investimenti di imprese straniere in Italia si è avuta soprattutto con il decreto-legge n. 23 del 2020, che ha per certi versi riformato l'ordinaria disciplina del *golden power*. Di dirimente importanza è la circostanza che il provvedimento abbia esteso, seppure in via temporanea, il campo di applicazione dei poteri speciali (che già concerneva la difesa e sicurezza nazionale, il 5G, i settori ad alta intensità tecnologica, i servizi pubblici essenziali) alle aree finanziaria e creditizia (le banche e le assicurazioni), sanitaria e farmaceutica ed

al rango di «priorità intelligence», resa ancora più evidente dalla nascita del *National economic council* (NEC), struttura gemella del *National security council*, incardinata negli organi di supporto al Presidente. Al NEC sono affidati compiti ad alto impatto, sia organizzativi, sia di *policy making*; tra questi: coordinare la politica economica nazionale ed estera; garantire il flusso informativo riguardante la politica economica verso il Presidente; assicurare che le azioni intraprese dalle Amministrazioni USA siano coerenti con la politica presidenziale; assicurare l'implementazione delle decisioni presidenziali in tema economico. In sintesi, il NEC è l'organo collegiale attraverso il quale l'Esecutivo del Presidente viene messo al corrente delle informazioni strategiche riguardanti la sicurezza economica e rappresenta, altresì, l'anello di *con­*; giunzione tra l'ambito operativo dell'intelligence e il decisore politico.

⁵⁶ R. Garofoli, *Il controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, cit., 102; G. Napolitano, *I golden powers alla prova del Regolamento europeo*, in *Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*.

⁵⁷ G. Mocavini, *Il sostegno alle imprese*, in Aa.Vv., *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, a cura di F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, Bologna, 2021, 98 ss.

⁵⁸ Cfr. Commissione europea nella Comunicazione del 26 marzo 2020.

agroalimentare (sulla falsariga del Regolamento UE 2019/452, sugli investimenti esteri diretti, che fa riferimento alla sanità, ai farmaci e alla sicurezza alimentare).

In sostanza, i poteri speciali diventano “scudo (dorato)” di protezione anche per i servizi pubblici a carattere sociale.

Sicché, l'aspetto più significativo del decreto-legge n. 23 del 2021 è proprio quello posto sopra in rilievo: l'allargamento della nozione di sicurezza nazionale che giustifica un utilizzo ampio del controllo sugli investimenti esteri, non solo per la tutela di settori strategici, ma anche al fine di preservare la capacità delle imprese nazionali di rispondere ai bisogni essenziali dei cittadini, divenendo, quindi, al contempo, “socialmente utile” e strategicamente importante, perché evita altresì gli acquisti predatori su società la cui quotazione sul mercato di capitali può risultare ben al di sotto del loro valore reale nell'attuale e negativa contingenza economica⁵⁹, con probabili conseguenti ripercussioni anche sul mercato interno rispetto alla produzione ed ai prezzi.

Un successivo ampliamento dei poteri speciali sembra essere previsto, come esposto nel paragrafo che precede, con il decreto-legge 21 marzo 2022, n. 21 (convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 2022, n. 51), che «persegue il delicato equilibrio tra l'esigenza di attrarre capitali stranieri e quella di mantenere il controllo su operatori strategici in alcuni settori economici vitali» soprattutto a fronte del notevole aumento di operazioni sottoposte a notifica nel 2021, come riportato nella relazione annuale del Copasir⁶⁰.

Nell'attesa di conoscere l'evoluzione pratica della recente disciplina, le novità introdotte consentono di rilevare fin da ora l'imponente allargamento delle maglie della normativa *golden power*, che appare ormai indirizzata verso un controllo generalizzato dell'Esecutivo sul mutamento degli assetti proprietari, in una platea sempre più ampia di settori economici, a prescindere dalla provenienza estera o meno degli investimenti, con potenziali ripercussioni sulla libera circolazione dei capitali pure all'interno della UE e finanche della stessa Italia.

Le misure adottate con due dei decreti-legge da ultimo citati (decreto-legge n. 23 del 2021 e decreto-legge n. 21 del 2022) sembrano testimoniare il fatto che gli squilibri indotti da eventi esogeni rappresentino l'elemento principale di cambiamento negli assetti e nelle strategie economiche, oltreché politiche e industriali del Paese, con conseguenze che tendono a stabilizzarsi nel tempo.

Al di là della contingenza emergenziale, infatti, è evidente che la nuova disciplina dei poteri speciali implichi un mutato modo di rapportarsi con i temi della concorrenza: vi è chi ha parlato, a tal proposito, di recessività dell'interesse all'aper-

⁵⁹ A. Scognamiglio, *op. cit.*, 162 e ss.

⁶⁰ Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica.

tura dei mercati nell'attuale assetto geopolitico e chi ha segnalato il rischio che l'esercizio dei *golden powers* possa dar luogo a forme di mascherato protezionismo⁶¹.

Se la cessione del controllo di aziende nazionali strategiche a imprese straniere può condurre all'impoverimento del tessuto industriale in aree di particolare interesse nazionale e a possibili rischi di difesa e sicurezza nazionale, è anche vero che porre eccessivi ostacoli agli investimenti esteri diretti è potenzialmente produttivo di nocimento economico, dal momento che l'intervento pubblico potrebbe deprimere il tessuto economico e finanziario del Paese e ciò, nonostante le misure economiche a favore delle imprese connesse all'esercizio dei poteri speciali di cui al citato decreto legge n. 187 del 2022.

Da una prima lettura infatti, parrebbe, nonostante nelle citate norme vi sia una chiosa che rinvia ad un decreto del Ministro delle Imprese e del *Made in Italy*, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 187 del 2022, per l'applicabilità di quanto contenuto nel dettato legislativo, che l'accesso agli strumenti "finanziari" di aiuto alle Imprese sia, però "legato" alla sussistenza dei presupposti per l'accesso alle misure di sostegno della capitalizzazione dell'impresa, idonee a consentire un rafforzamento patrimoniale, ai fini dell'accesso con priorità al Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività di impresa⁶², di cui all'articolo 43 del decreto legge n. 34 del 2020.

Con ogni probabilità, invece, si dovrebbe consentire alle Imprese che abbiano "subito" l'applicazione dei *golden powers*, una sorta di automatismo senza necessariamente essere in possesso di tutti i requisiti necessari per accedere agli strumenti che dovrebbero "mitigare" la libertà imprenditoriale.

Ove, infatti, non vi fossero i presupposti o tutti i presupposti per accedere agli strumenti indicati (salvo, ovviamente, essere stati soggetti passivi della *golden powers*) le norme, così "pensate" per fornire un "ristoro", non sarebbero applicabili non raggiungendo, quindi, lo scopo e le finalità che il legislatore ha voluto attribuire alla norma/meccanismo.

⁶¹ A. Sandulli, *Il Golden Power al tempo dell'emergenza Covid-19. Uno strumento camaleontico a protezione del tessuto economico*, in *open.luiss.it*, 2020.

⁶² Il Fondo per la salvaguardia dei livelli occupazionali e la prosecuzione dell'attività d'impresa è stato istituito presso il Ministro delle imprese e del *Made in Italy*, dall'articolo 43 del decreto legge n. 34 del 2020, e destinato alla ristrutturazione di imprese titolari di marchi storici di interesse nazionale iscritte nel relativo registro, e delle società di capitali, aventi un numero di dipendenti non inferiore a 250, che si trovino in uno stato di difficoltà economico-finanziaria, da individuarsi sulla base di criteri stabiliti con decreto ministeriale attuativo (D.M. 29 ottobre 2020). Il Fondo opera, nei limiti delle risorse disponibili, attraverso interventi nel capitale di rischio delle imprese che versano nelle predette condizioni, effettuati a condizioni di mercato, nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato (Comunicazione della Commissione europea 2014/C 19/04, recante orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio), nonché attraverso misure di sostegno al mantenimento dei livelli occupazionali, in coordinamento con gli strumenti vigenti sulle politiche attive e passive del lavoro. Il Fondo è gestito da Invitalia S.p.A. che, a valere sulle risorse disponibili, effettua investimenti diretti nel capitale di rischio a specifiche condizioni.

Che si sia realmente avviato un processo di progressiva e illimitata estensione dell'intervento pubblico nell'economia e nella società, tale da sacrificare in consistente misura i benefici e le opportunità offerte da mercati liberi e aperti, è timore di molti.

In tal senso, un conto è promuovere l'innovazione e la crescita di un'economia di mercato che resta tale, mitigandone i fallimenti e garantendo i diritti dei cittadini, comunque nel rispetto della libertà di impresa, altro è invece deviare verso un esteso dirigismo statale dei mercati, utilizzando i poteri speciali come strumento per decidere chi debba essere il proprietario di determinati *assets* e non per limitarsi a verificare se una data operazione è compatibile con gli interessi nazionali.

Rispetto a tale rischio, allora, appare di fondamentale importanza trovare il giusto temperamento tra il rispetto degli imprescindibili principi europei del mercato unico e la nuova latitudine della preminenza dei concetti di sicurezza e interesse nazionale, conservando il carattere di eccezionalità nell'esercizio dei *golden powers*, soprattutto per le operazioni intra UE.

Si tratta di un esercizio complesso, che dovrà fare i conti con la *disruption* tecnologica che ha modificato radicalmente la stessa definizione di *assets* strategici da difendere.

Seguendo il modello americano, potrebbe allora essere strumento di grande incisività nella risoluzione del difficile problema del bilanciamento, l'introduzione di una *black list* di Paesi da sottoporre a un più attento scrutinio e di una *white list* di Stati che, invece, da questo scrutinio possono essere esentati a condizione di reciprocità.

È evidente, infatti, che la valutazione della esposizione a rischio degli interessi nazionali risenta anche della localizzazione dell'investitore ⁶³.

Uno spiraglio, quello della ipotesi di *black list*, che non fa altro che riflettere il problema fondamentale: la disciplina del *golden power*, che non è uno strumento di politica industriale, deve adattarsi ai mutamenti dei tempi, ma deve anche mantenere il carattere di eccezionalità, che da sempre ne contraddistingue l'esercizio.

⁶³ Basti pensare a eventuali acquisizioni che abbiano origine in Stati che non garantiscono un sufficiente contrasto alle organizzazioni terroristiche o che, addirittura, ne siano fiancheggiatori o presunti tali). Del resto la stessa Commissione europea, a seguito della crisi segnata dal conflitto russo-ucraino, ha focalizzato la propria attenzione sui meccanismi di controllo degli investimenti di investitori russi e bielorusi (con un particolare riferimento agli investimenti di portafoglio che potrebbero nondimeno avere un rilievo in termini di ordine pubblico e sicurezza) stabilendo che, l'apertura agli investimenti esteri, benché essenziale per la crescita economica, la competitività, l'occupazione e l'innovazione dell'UE, non è incondizionata e descrivendo, altresì, le condizioni alle quali gli Stati membri possono essere autorizzati ad imporre restrizioni alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento. Si veda la Comunicazione della Commissione europea de 6 aprile 2022: «*Orientamenti ad uso degli Stati membri riguardanti gli investimenti esteri diretti dalla Russia e dalla Bielorussia in considerazione dell'aggressione militare contro l'Ucraina e delle misure restrittive stabilite in recenti regolamenti del Consiglio sulle sanzioni*» (2022/C 151 I/01).

L'ascesa dei golden powers. Dallo Stato imprenditore alla Stato protettore

Il presente contributo ha lo scopo di fornire, con i limiti di una evoluzione del tema in continuo divenire, una panoramica sull'evoluzione dei *golden powers* a tutela di interessi nazionali rilevanti, partendo dall'ormai superato istituto della *golden share* del 1994, sino ad arrivare a studiare la natura di tali poteri nel contesto odierno.

Nel tempo, si è infatti avviato un processo di progressiva e illimitata estensione dell'intervento pubblico nell'economia e nella società, tale da sacrificare in consistente misura i benefici e le opportunità offerte da mercati liberi e aperti.

Rispetto a tale rischio, appare pertanto di fondamentale importanza trovare il giusto temperamento tra il rispetto degli imprescindibili principi europei del mercato unico e la nuova latitudine della preminenza dei concetti di sicurezza e interesse nazionale, conservando il carattere di eccezionalità nell'esercizio dei *golden powers*.

The evolution of the golden powers. From State as Entrepreneur to State as Protector

With the limits of the on going topic evolution, the purpose of this abstract is to provide an overview of the evolution of the golden powers to protect relevant national interests, starting from the outdated golden share of 1994 to get to the study of the nature of those powers in today's context.

Over time, we have witnessed a progressive and unlimited extension of the public intervention in the economies and societies, such as to substantially reduce the benefits and opportunities offered by open and free markets.

Regarding this risk, it appears of relevant importance to find the right reconciliation between the necessary compliance to the European principles of a sole market and the new vision of prevailing concepts of national interest and security, preserving the exceptional in character of the exercise of the golden powers.

*Articoli e saggi***Il *right to landscape* (il diritto al panorama):
dall'ordinamento privato all'ordinamento pubblico,
attraverso il *common law* inglese**

Pierre de Gioia Carabellese, Camilla Della Giustina*

*Sempre caro mi fu quest'ermo colle,
E questa siepe, che da tanta parte
Dell'ultimo orizzonte il guardo esclude.
Ma sedendo e mirando, interminati
Spazi di là da quella, e sovrumani
Silenzi, e profondissima quiete
Io nel pensier mi fingo; ove per poco
Il cor non si spaura. E come il vento
Odo stormir tra queste piante, io quello
Infinito silenzio a questa voce
Vo comparando: e mi sovvien l'eterno,
E le morte stagioni, e la presente
E viva, e il suon di lei. Così tra questa
Immensità s'annega il pensier mio:
E il naufragar m'è dolce in questo mare.*

G. Leopardi, *L'Infinito*.

SOMMARIO: 1. La servitù di panorama: tra diritto civile e diritto pubblico. – 2. Il concetto di *utilitas* nella servitù di panorama. – 3. La servitù di panorama. – 4. Dal diritto civile al diritto pubblico: la nozione di panorama. – 5. Il contributo della giurisprudenza britannica: il «*valued landscape*», invece che il «*valued seascape*». – 6. Raccordo conclusivo.

1. *La servitù di panorama: tra diritto civile e diritto pubblico*

La giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha costantemente riconosciuto il cd. «diritto al panorama» in relazione alla servitù «*altius non tollendi*»,

* Sebbene il contributo sia il frutto di una riflessione e analisi congiunta, i paragrafi n. 2,3 e 4 sono da attribuire al Professor de Gioia Carabellese, i paragrafi n. 1, 5 e 6 alla Dottorressa Della Giustina. Si precisa che il presente contributo è stato inviato alla Rivista il 31 maggio 2022 ed è stato accettato in via definitiva il 14 novembre 2022.

precisando che l'*utilitas* è rappresentata dalla particolare amenità di cui il fondo dominante gode per la veduta.

L'argomento, proprio alla luce della intervenuta riforma costituzionale¹ che ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost. italiana², può essere, nuovamente, oggetto di riflessione. La prospettiva che si offre, dunque, è quella di una interpretazione costituzionalmente orientata del diritto al panorama³ il quale, nato grazie alla elaborazione giurisprudenziale, può assumere anche un'anima pubblicista.

Questo si giustifica per la nuova sensibilità ambientale che, appunto, ha condotto alla modifica delle disposizioni costituzionali in precedenza menzionate. Di conseguenza, un istituto strettamente e tradizionalmente appartenente al diritto civile può ora ricoprire una propria posizione nella riflessione costituzionalistica⁴. Il lavoro si arricchisce anche di una prospettiva di tipo comparato, in particolare il Regno Unito, e i suoi "*common laws*", ove il concetto di *landscape*, ancor più del *seascape*, costituisce da secoli oggetto di tutela. Questa tutela, tuttavia, si realizza in forma peculiarmente britannica, attraverso la tradizione e le istituzioni, piuttosto che per il tramite di astratte disposizioni legislative.

Al fine di realizzare l'obiettivo che si è dichiarato, si provvederà ad analizzare la servitù «*altius non tollendi*» da un punto di vista giurisprudenziale e dottrinale per poi indagare l'origine della tutela accordata al panorama e al paesaggio.

Va anche detto che, nel più ampio tema in esame, vi è anche all'orizzonte la Convenzione Europea del Paesaggio. Questa, firmata nell'ambito del Consiglio Europeo, un organo sovranazionale dunque molto variegato, lascia un'ampia discrezionalità ai singoli Stati circa le modalità di implementazione. Tale è la discrezionalità che si può ritenere che, al di là dell'affermazione di principio che viene fatta, appunto il diritto al paesaggio, l'analisi di cui al presente contributo,

¹ Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

² Cfr. L. Cassetti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziative economica privata e ambiente*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, *Federalismi.it.*, 2022, 4; R. Cabazzi, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologica) costituzionale*, in *Federalismi.it.*, 2022, 7, 31 ss.; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?* In *Federalismi.it.*, 2022, 13, 187 ss.; P. Vipiana, *La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost.*, in *DPCE-Online*, n. 2022, 2, 1111 ss.; B.L. Boschetti, *Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in *DPCE-Online*, 2022, 2, 1153 ss.

³ Si riprende la tesi di autorevole dottrina secondo cui, "ambiente" è una espressione polisemantica: da una prospettiva giuridica può essere riferito a differenti normative e movimenti di idee, cioè relative al paesaggio, alla tutela ecologica e all'urbanistica. M.S. Giannini, *Scritti*, I, Milano, 2005, 455 ss.

⁴ Nella prospettiva che viene offerta nel contributo, il diritto al panorama potrebbe essere interpretato quale il punto di equilibrio che risulta dal bilanciamento tra la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, da una parte, e, dall'altra parte, gli aspetti strettamente economici. In altri termini, anche grazie alla prospettiva di diritto comparato, si evidenzia che la possibilità di ammirare un determinato panorama integra un valore aggiunto rispetto all'immobile. Alla luce di questo, volendo in parte anticipare quanto verrà successivamente elaborato, tutelare la specificità di un determinato luogo, accedendo a una particolare nozione di paesaggio, significa non solamente apprestare tutela all'ambiente ma anche incrementare il valore economico di un determinato immobile.

focalizzata su Regno Unito e Italia e non invece su tale Convenzione, non dovrebbe risultarne pregiudicata⁵. Viene infatti rimarcato che, delle diverse azioni prospettate dalla *European Landscape Convention*, non emerge quasi alcuna obbligazione, a carico degli Stati, che possa ritenersi attivabile in concreto. In proposito il testo normativo sembra essere eloquente: «*barely any enforceable obligation stems*»⁶.

2. *Il concetto di utilitas nella servitù di panorama*

Secondo una prospettiva strettamente teorica, l'*utilitas* può essere interpretata quale vantaggio, anche di natura non strettamente economica, del fondo dominante ben potendo consistere nel renderlo maggiormente confortevole⁷. Questo risultato verrebbe perseguito assicurando al fondo dominante un'abitabilità, un'amenità nonché una comodità maggiore: in quest'ottica, dunque, la vicinanza di edifici potrebbe pregiudicare l'attribuzione di queste caratteristiche al fondo dominante. Il fatto che un fondo sia circondato da edifici alti si traduce nella possibilità che esso venga privato del prospetto e del più ampio panorama.

Alla luce di questo, quindi, l'*utilitas* può comprendere qualsivoglia vantaggio, anche di natura non strettamente economica, potendo consistere nell'offrire una situazione di maggiore piacevolezza al fondo dominante. In questa direzione, quindi, la limitazione della condizione di isolamento o di areazione in cui si trova il fondo dominante può determinare una diminuzione del valore. Infatti, anche questi elementi divengono oggetto di valutazione sociale in relazione alla destinazione o alla migliore utilizzazione del fondo⁸.

⁵ Per una analisi in inglese della *European Landscape Convention*, cfr. S. Civitarese, G.F. Cartei, *The Impact of the European Landscape Convention on Landscape Planning in Spain, Italy and England*, in *Journal of Environmental Law*, 2022, 307-330.

⁶ S. Civitarese Matteucci, G.F. Cartei, *op. ult. cit.*, 330.

⁷ La servitù «*altius non tollendi*» pone il problema se sia effettivamente riferibile al fondo o all'utilità delle persone, *rectius* il proprietario del fondo dominante. In tal senso, infatti, è stato riconosciuto il diritto di passeggiare nel parco vicino quale servitù che rende più gradevole il soggiorno nella casa, che dà su quel parco (A. Butera, *Servitù stabilite per fatto dell'uomo*, in C. Ferrini, G. Pulvirenti, A. Butera, *Il Diritto Civile Italiano*, Torino, 1926, 134 ss.; L. Barassi, *Diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, 129 ss.). A tal proposito, dottrina opposta ha sostenuto come il diritto di passeggiare o cenare nel giardino contiguo, in assenza di una specifica destinazione del fondo dominante, non può essere qualificato come mezzo di utilizzazione del predetto fondo, ma piuttosto riferibile all'interesse delle persone. Infatti, questo diritto di rendere più gradevole il soggiorno in un determinato luogo potrebbe essere giustificato dalla particolare destinazione dell'immobile stesso, come ad esempio nell'ipotesi in cui lo stesso sia adibito a casa di cura. Cfr. G. Branca, *Servitù prediali*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Il foro italiano, Zanichelli Editore, Roma, Bologna, 1967, 31-32.

⁸ Cass., 6 marzo 1980, n. 1522; G. Branca, *Delle servitù prediali (art. 1027-1099)* in *Commentario del Codice Civile*, Bologna, 1960, 31.

La tutela che viene apprestata, dunque, è contro qualsivoglia forma di compressione e ingerenza posta in essere da qualsiasi soggetto, incontrando quale limite quello degli atti emulativi⁹ nonché l'eventuale entità del pregiudizio ai fini della quantificazione del risarcimento del danno qualora richiesto¹⁰.

La panoramicità del luogo è da riferire alla bellezza dell'ambiente e della visuale che si gode da una determinata postazione: essa trova la propria tutela nella servitù «*altius non tollendi*», non in quella di veduta. Quest'ultima, infatti, è preordinata a garantire il differente diritto di guardare e, conseguentemente, affacciarsi sul fondo del vicino¹¹.

L'interrogativo da porsi è se, la lesione arrecata al bene panorama possa fondare un'azione di risarcimento del danno extracontrattuale. Preliminare alla risoluzione di questo nodo gordiano è la possibilità di qualificare il panorama quale bene giuridico suscettibile di lesione. Per costante giurisprudenza, il diritto al panorama è stato interpretato quale esplicazione della servitù «*altius non tollendi*»¹² senza però indagare se, il panorama, in sé e per sé considerato, possieda

⁹ Cass., 27 giugno 2005, n. 13732, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Emulazione*, n. 1; Cass., 13 aprile 2001, n. 5564, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3229; Cass., 11 aprile 2001, n. 5421, in *Vita not.*, 2001, 825; Cass., 5 luglio 1999, n. 6949, in *Foro it.*, 2001, I, c.690; Cass., 19 febbraio 1996, n. 1267, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2464; Cass., 25 marzo 1995, n. 3558, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1, 378. Il divieto di atti emulativi è stato definito quale obbligo aggiuntivo al diritto reale di proprietà da ricostruire come un dovere al quale non corrisponde il diritto soggettivo di altri. G. Zanobini, *Interessi legittimi nel diritto privato*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 357.

Dottrina maggioritaria, tuttavia, si oppone alla ricostruzione appena menzionata evidenziando che la violazione degli obblighi cui fa riferimento l'art. 833 determina almeno due conseguenze: il diritto del privato, rispetto al quale si è verificata la violazione, a chiedere la *restitutio in integrum* a cui aggiungere il diritto del privato al risarcimento del danno patrimoniale qualora ne ricorrano gli estremi. Di conseguenza, il dovere di astensione dal compimento di atti emulativi è un dovere verso altri soggetti: il lato passivo del rapporto, quindi, sembrerebbe essere costituito dalla pluralità dei consociati. La fattispecie dell'art. 833 c.c. richiede che venga attuato un comportamento umano positivo al fine di recare molestie o nuocere ad altri, connotato dall'elemento psicologico della intenzionalità. M. Allara, *Atti emulativi*, (*dir. civ.*), in *Enciclopedia del Diritto*, IV, 1959, 37 ss.

¹⁰ Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250.

¹¹ Il riferimento è alla servitù «*ne prospectui officiat*» la quale, secondo una ricostruzione offerta dalle fonti romane, ha un contenuto maggiormente ampio rispetto a quella di «*altius non tollendi*». La prima vieta al proprietario del fondo servente il compimento di qualsivoglia attività preordinata a togliere la vista o renderla meno gradevole riferibile non solamente all'innalzamento di edifici ma anche al piantare piante o alberi che ne interrompano il panorama. Ancora differente è la servitù «*ne luminibus officiat*» da riferire al diritto del proprietario del fondo dominante di impedire la menomazione della sua luce da parte del fondo servente il cui proprietario intraprenda un'opera. Precisamente, la servitù di non oscurare le luci fa acquisire il diritto a che il vicino non sopraelevi e non copra le luci degli edifici che costituiscono il fondo dominante. Il riferimento è a D. 8, 1, 3 e D. 8.1.4. G. Musolino, *La servitù altius non tollendi*, in *Rivista Notariato*, 2010, 4, 1093 ss. Oltremarica, su questo specifico punto, lo stato dell'arte sembra totalmente diverso. Le Corti hanno accertato che vi sia una servitù chiamata «*projection*», il diritto dunque del proprietario di un palazzo a proiettare ombra sullo spazio del proprietario vicino. Cfr. nel diritto scozzese *Compugraphics International Ltd v Colin Nikolis* [2011] CSIH 34. È da notarsi che nel diritto inglese la servitù viene chiamata «*easement*», mentre in quello scozzese «*servitude*».

¹² In questo senso, di recente, «il diritto al panorama si configura come una servitù «*altius non tollendi*», ove l'*utilitas* è rappresentata dalla particolare amenità di cui il fondo dominante gode per la veduta, che non può essere pregiudicata dall'innalzamento di costruzioni o alberature». Trib. Crotona, sez. I, 7 dicembre 2021, n. 1020.

un autonomo *status* giuridico, se esso sia suscettibile di valutazione economica e, infine, se possa legittimamente fondare una richiesta di risarcimento del danno.

3. *La servitù di panorama*

Posto che il «panorama» è considerato oggetto di servitù, di nevralgica importanza, antecedente a qualsivoglia definizione di panorama è la disamina della servitù «*altius non tollendi*».

Quest'ultima è stata definita come una servitù negativa¹³ caratterizzata dalla presenza di un particolare obbligo accessorio consistente in un divieto in capo al proprietario del fondo servente. Ulteriore disposizione cui fare riferimento è l'art. 1068 c.c. che rimane applicabile alle servitù negative rispetto alle quali viene previsto l'obbligo del proprietario da esso gravato di non fare¹⁴.

La servitù «*altius non tollendi*» integra un esempio di servitù continua: per il suo esercizio non è necessario un fatto dell'uomo che possa definirsi attuale¹⁵. La distinzione cui si è appena fatto cenno deve riferirsi al diritto comune per interpretazione delle fonti romane: si deve evidenziare che la distinzione fra servitù continue e discontinue si è imposta sulla precedente classificazione, cioè, quella fra servitù rustiche, tendenzialmente discontinue, e urbane¹⁶, in linea generale continue. La servitù «*altius non tollendi*» dovrebbe appartenere alla categoria del-

¹³ La distinzione tra servitù affermative e negative, che trova le proprie origini nel diritto romano, è attualmente codificata dall'art. 1073 co. 2 c.c. in tema di individuazione del *dies a quo* riferibile alla cessazione dell'esercizio della servitù. Codesta disposizione enuncia che «il termine decorre dal giorno in cui si è cessato di esercitarla; ma se si tratta di servitù negativa o di servitù per il cui esercizio non è necessario il fatto dell'uomo, il termine decorre dal giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio». In tal senso, «il c.d. diritto al panorama si configura come una servitù «*altius non tollendi*», ove l'*utilitas* è rappresentata dalla particolare amenità di cui il fondo dominante gode per la veduta, che non può essere pregiudicata dall'innalzamento di costruzioni o alberature. La servitù in questione è una servitù negativa, perché conferisce al suo titolare non la facoltà di compiere attività o di porre in essere interferenze sul fondo servente, ma di vietare al proprietario di quest'ultimo un particolare e determinato uso del fondo stesso». Consiglio di Stato sez. IV – 27 gennaio 2015, n. 362.

¹⁴ Cass., 6 marzo 1980, n. 1522, in *Giur. agr. it.*, 1982, 623; Trib. Napoli, 6 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 698.

Si deve aggiungere che, in considerazione del fatto che le servitù negative possiedono quale tratto caratteristico quello di non comportare alcuna ingerenza del loro titolare sul fondo servente, non è possibile configurare una servitù «*altius non tollendi*» di uso pubblico.

¹⁵ A. Burdese, *Le servitù prediali - Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007,

¹⁶ Questa distinzione è stata fatta propria sia dal *code Napoléon* sia dal Codice Albertino ma non è stata recepita dal codice civile attuale. Il riferimento del *code Napoléon* è l'art. 687 co. 2 ai sensi del quale «*le servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments ou pour celui des fonds de terre*». L. Barassi, *I diritti reali limitati*, Milano, 1948, 188 ss.; F. Milani, *Distinzioni delle servitù prediali*, Milano, 1943, 371 ss.; C. Scuto, *Delle servitù prediali*, Napoli, 1929, 236 ss.; L. Coviello, *Le servitù prediali, Parte generale*, Napoli, 1926, 227 ss.; F. Tuccillo, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano: usus, scientia, patientia*, Napoli, 2009; M.F. Cursi, *Modus servitutis: il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999; A. Burdese, voce *Servitù prediali* (diritto romano), in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1976, 118;

le servitù urbane¹⁷ poiché nasce con la stessa idea di edificio nonostante si atteggi quale servitù negativa.

Infine, sempre da un punto di vista classificatorio, la servitù «*altius non tollendi*» è non apparente: essa si esplica nel potere del proprietario del fondo dominante di vietare al proprietario del fondo servente una particolare utilizzazione del proprio fondo. Il titolare del fondo dominante non compie un'attività positiva sul fondo servente posto che l'utilità discende dall'astensione imposta al titolare di quest'ultimo¹⁸. Di conseguenza, le servitù in questione non richiedono la presenza di opere visibili destinate al loro esercizio potendo, dunque, essere qualificate come non apparenti¹⁹, rimanendo tali anche nell'ipotesi in cui il proprietario del fondo dominante faccia installare delle opere, dei fabbricati e delle costruzioni che potrebbero essere funzionali ad ammirare il panorama.

Il contenuto delle servitù, da interpretarsi quale vantaggio per un fondo a cui corrisponde una restrizione nel godimento dell'altro fondo, è da intendere quale elemento vantaggioso e dannoso a seconda del fondo. La servitù «*altius non tollendi*»²⁰ assurge a qualità inseparabile dello stesso traducendosi quale, rispettivamente, diritto accessorio e menomazione permanente per il fondo dominante e per il fondo servente²¹.

In presenza di una servitù «*altius non tollendi*», il dovere del proprietario del fondo servente consiste nell'astensione dal compiere qualsivoglia attività edificatoria suscettibile di determinare un cambiamento nell'altezza²² del proprio edifi-

G. Grosso, *Le servitù prediali nel diritto romano: corso di lezioni*, Torino, 1969; B. Biondi, *Le servitù prediali nel diritto romano: corso di lezioni*, 2 ed., Milano, 1954.

¹⁷ Parte della dottrina ha osservato che, nonostante la servitù «*altius non tollendi*» sia ricompresa fra le servitù urbane non è detto che necessariamente debba essere urbana: un fondo, infatti, potrebbe pretendere l'applicazione al fine di vedersi riconosciuto un maggiore spazio, rispetto alla possibile presenza di altri edifici e, più in generale, di ostacoli (piantagioni, alberi, costruzioni) che possano comprimere lo spazio aereo, e una visuale maggiore.

¹⁸ Se la regola generale in tema di proprietà è che essa si estende «*usque ad sidera, usque ad inferos*» è evidente che con la servitù de qua si comprime una delle facoltà che, generalmente, sono riconosciute al proprietario di un terreno.

¹⁹ Il riferimento è all'art. 1061 c.c.: «le servitù non apparenti non possono acquistarsi per usucapione o per destinazione del padre di famiglia. Non apparenti sono le servitù quando non si hanno opere visibili e permanenti destinate al loro esercizio». Il riferimento dottrinario è a M. Comperti, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto Privato* diretto da P. Rescigno, vol. 8, tomo II, Torino, 1982, 298 ss.

²⁰ Cass., 8 maggio 1971, n. 1305.

²¹ La *vicinitas* tra i due fondi, nel caso di specie, può possedere un contenuto "relativo": è infatti possibile che una servitù possa essere costituita in previsione dell'abbattimento dell'edificio che si pone in mezzo ai due fondi o in previsione del ripianamento della collina che separa i fondi stessi. G. Branca, *Delle servitù prediali* (art. 1027-1099), *op. cit.*, 19. La servitù «*altius non tollendi*» può essere costituita a favore di immobili non contigui e che può gravare su un fondo ulteriore anche senza che i fondi intermedi siano gravati dalla medesima servitù dato che condizione fondamentale è che i due fondi si trovino in una posizione tale affinché al fondo dominante giovi che sul fondo servente non si edifichi o non si sopraelevi oltre una certa altezza. Cass., 27 maggio 1960, n. 1372.

²² Si deve precisare che l'altezza non è necessario che venga tradotta facendo ricorso a una unità metrica definita in modo rigido poiché, con la servitù de qua, viene vietata qualsivoglia attività di sopraelevazione. Ai

cio a prescindere dalla compressione o riduzione che questa astensione comporta al fondo servente. È possibile che la determinazione del limite di altezza possa essere convenuto dalle parti con il ricorso a una clausola. Qualora presente, quest'ultima, possiede efficacia anche nell'ipotesi in cui l'immobile esistente sul fondo servente venga abbattuto e, al posto di questo, si proceda alla costruzione²³ *ex novo* di altro immobile. Codesta estensione si giustifica in virtù del fatto che, le parti, con la stipulazione della clausola in esame, hanno voluto costituire una servitù «*altius non tollendi*» diretta a limitare l'esercizio dello *ius aedificandi* sul fondo servente, nel quale appunto, insisteva in precedenza un immobile²⁴.

Una possibile assimilazione della servitù «*altius non tollendi*» può avvenire con il limite imposto all'esercizio del diritto cui fa riferimento l'art. 1127 c.c.²⁵ Se il diritto riconosciuto al proprietario dell'ultimo piano ex art. 1127 c.c. diviene oggetto di limitazioni o divieto, esso possiede la natura di servitù «*altius non tollendi*» che può essere fatta valere sia da singoli condomini sia dal condominio²⁶, senza che la tutela giuridica da apprestare sia, a sua volta, subordinata alla verifica

fini di comprendere la portata del vincolo, infatti, si deve fare riferimento a quanto è stabilito nel titolo costitutivo. E. Marangoni, *Servitus altius non tollendi: estinzione totale per lesione minima e utilitas (utilitas del fondo o utilitas delle parti?)*, in *Vita Notarile*, 2003, 704 ss.

²³ Per costruzione si intende ogni opera che possieda, quali caratteristiche, quelle della consistenza e stabilità: un'opera che possieda questi elementi, infatti, rientra pienamente nel concetto di costruzione sia per quanto concerne la disciplina sulle vedute sia per quanto attiene a quella stabilita in tema di distanze legali. In una ipotesi di gazebo edificato in violazione delle distanze è stata ravvisata una molesta possessoria ed è stato condannato il convenuto alla rimozione della stessa. Trib. Roma, 8 febbraio 2006.

²⁴ Cass., 19 febbraio 2002, n. 2396. L'obbligo di rispettare il limite di altezza stabilito deve essere riferito a qualsiasi parte e punto del fabbricato posto che al fondo dominante deve essere assicurata interamente e completamente l'utilità per la quale la servitù è stata costituita. In altri termini, il titolare del fondo servente non può realizzare alcuna attività edificatoria che si possa tradurre nella compressione o riduzione delle condizioni di vantaggio che derivano al fondo dominante quale conseguenza della costituzione di detta servitù. Cass., 21 maggio 1994, n. 5001.

²⁵ «Il proprietario dell'ultimo piano dell'edificio può elevare nuovi piani o nuove fabbriche, salvo che risulti dal titolo altrimenti. La stessa facoltà spetta a chi è proprietario esclusivo del lastrico solare. La sopraelevazione non è ammessa se le condizioni statiche dell'edificio non la consentono. I condomini possono altresì opporsi alla sopraelevazione, se questa pregiudica l'aspetto architettonico del condominio ovvero diminuisce notevolmente l'aria o la luce dei piani sottostanti. Chi fa la sopraelevazione deve corrispondere agli altri condomini un'indennità pari al valore attuale dell'area da occuparsi con la nuova fabbrica, diviso per il numero dei piani, ivi compreso quello da edificare, detratto l'importo della quota a lui spettante. Egli inoltre è tenuto a ricostruire il lastrico solare di cui tutti o parte dei condomini avevano il diritto di usare». Recentemente, la Suprema Corte ha precisato che l'indennità di sopraelevazione è dovuta dal proprietario dell'ultimo piano di un edificio condominiale (il riferimento è all'art. 1127 c.c.) non solamente qualora si tratti di realizzazione di nuovi piani o nuove fabbriche ma altresì nell'ipotesi di trasformazione dei locali preesistenti. In quest'ultima situazione, infatti, se l'attività determina un incremento delle superfici e delle volumetrie, a prescindere dall'aumento dell'altezza del fabbricato, l'indennità trova fondamento dall'aumento proporzionale del diritto di comproprietà sulle parti comuni quale conseguenza dell'incremento della porzione di proprietà esclusiva. In ossequio al principio di proporzionalità, l'indennità viene calcolata sulla base del maggior valore dell'area oggetto di occupazione. Cass. civ., sez. II, ord. 14 aprile 2022, n. 12202.

²⁶ Corte App. Milano, 3 dicembre 2003; Cass., 3 dicembre 1994, n. 10397; Cass., 25 ottobre 1988, n. 5776.

dell'esistenza di un concreto pregiudizio che trova fonte negli atti lesivi posti in essere. La situazione giuridica, da riconoscere agli altri condomini o al condominio, ha il carattere dell'assolutezza a nulla rilevando che la sopraelevazione determini una lesione al diritto loro riconosciuto²⁷.

Esempi concreti e pratici di servitù «*altius non tollendi*» sono, a titolo esemplificativo, il limite di altezza imposto al muro di cinta di proprietà comune ai sensi dell'art. 886 c.c.²⁸, il patto contrattuale attraverso il quale le parti convengono che il fabbricato che si sta erigendo deve sorgere a una determinata distanza dal confine²⁹, il divieto di edificare rispetto a zone di terreno contigue ai fini igienici o di amenità³⁰.

Alla luce di questo, *ergo*, il contenuto di un divieto di edificare si estende alla realizzazione di qualsivoglia opera anche nell'ipotesi in cui questa non possa essere definita come costruzione in senso stretto. L'interpretazione deve essere orientata a verificare che, attraverso la costruzione di un'opera, il proprietario del fondo servente violi, in quanto annulla o compromette, la finalità per la quale la servitù è stata costituita³¹.

4. *Dal diritto civile al diritto pubblico: la nozione di panorama*

Il diritto al panorama è stato oggetto di un'attenta disamina da una risalente pronuncia della Corte di Cassazione³² con la quale, per la prima volta, la Suprema Corte ha affrontato esaurientemente questo complesso tema andando a individuare i suoi presupposti ai fini risarcitori.

Nella pronuncia cui si fa riferimento, la Suprema Corte ha dovuto affrontare la possibilità di riconoscere la risarcibilità del danno derivante dalla lesione del panorama goduto da un appartamento. Il *punctum dolens* concerneva la possibilità di definire quale danno l'esclusione o diminuzione del panorama di cui si può avvantaggiare un determinato appartamento a seguito della costruzione e sopraelevazione di un fabbricato vicino. Da un punto di vista generale, un danno può essere definito come risarcibile qualora ci si trovi dinnanzi alla lesione di un diritto soggettivo assoluto che, nel caso di specie, è il diritto di proprietà. Quest'ulti-

²⁷ Cass., 12 ottobre 2009, n. 21629.

²⁸ In questa ipotesi la servitù è limitata al muro divisorio non potendosi estendere alle altre parti finitime come, le zone di cortile circostante. Corte App. Milano, 15 ottobre 1965, n. 116.

²⁹ Qualora la servitù dovesse essere violata è possibile esperire la tutela possessoria e la remissione in pristino attraverso la rimozione delle opere costruite in violazione. Pret. Chioggia, 10 giugno 1981, in *Giur. merito*, 1983, 382.

³⁰ In codesta ipotesi il divieto si atterrebbe quale limitazione permanente al godimento di un fondo.

³¹ Cass., 8 giugno 1962, n. 1414.

³² Cass., 18 aprile 1996, n. 3679.

mo, ai sensi dell'art. 832 c.c., consente di apprestare tutela, anche se in modo differente, alle utilità, ai profitti, alle forme di godimento da riferire alla natura dei differenti beni. Per quanto attiene ai beni immobili, i locali di un edificio possono essere, in astratto, suscettibili di differenti utilità in ragione della loro destinazione: come appartamento per abitazione civile o studio professionale, magazzino, palestra o officina; offrono utilità, profitti e godimenti differenti la cui tutela viene assicurata dalla facoltà di godimento che, a sua volta, è inerente al diritto di proprietà.

A condizione che si tratti di beni immobili connotati dalle medesime condizioni generali, quali ad esempio l'essere ubicati in una determinata zona cittadina, e particolari, ossia la solidità delle strutture, i materiali impiegati, ecc., il panorama rappresenta una qualità positiva e un vantaggio dato che accresce il pregio dell'immobile preso in considerazione. Tuttavia, sebbene quanto appena esposto sia corretto, si deve precisare che il panorama rappresenta un elemento accidentale, non necessario e connaturale alle unità abitative: esso è strettamente connesso alla posizione, alla esposizione, all'altezza del piano o della porzione e alla amenità dei luoghi. Di conseguenza, è evidente che il panorama accresce il valore dell'immobile ma, contemporaneamente, può essere diminuito o escluso dalla costruzione di un nuovo immobile avvenuta in conformità con le norme civili e amministrative vigenti.

L'interrogativo che sorge è, quindi, se il proprietario dell'immobile preesistente possa lamentare un danno e, successivamente, come qualificare questo danno. A livello preliminare è stato evidenziato che non si possa trattare di danno ingiusto e risarcibile ex art. 2043 c.c. qualora l'opera lesiva sia stata costruita conformemente alle prescrizioni civili e urbanistiche vigenti. Il soggetto che edifica in modo conforme alle prescrizioni dettate in materia, infatti, è immune da responsabilità anche nell'ipotesi in cui abbia arrecato un danno nel privare gli immobili di un panorama. Differentemente, qualora l'edificazione sia avvenuta in violazione della disciplina concernente l'assetto del territorio, la conseguente diminuzione o esclusione di panorama goduto da un appartamento e tutelato dalla disciplina urbanistica³³ intergrebbe un pregiudizio qualificabile come ingiusto e, quindi, risarcibile³⁴.

Qualora si versi nella prima ipotesi, è onere dei proprietari dell'immobile quello di fornire la prova del prestigio che il mercato riconosce al panorama goduto dall'appartamento e, di converso, al deprezzamento commerciale dell'immobile

³³ Il contenuto attiene alla prescrizione di determinati standard urbanistici ed edilizi ex art. 872 co.2 c.c. in forza del quale «colui che per effetto della violazione ha subito danno deve essere risarcito, salva la facoltà di chiedere la riduzione in pristino quando si tratta della violazione di norme contenute nella sezione seguente o da questa richiamate».

³⁴ Più recentemente, vedasi, V. Bellomia, *Lesione del diritto al panorama senza violazione delle distanze: tra servitù, tutela ripristinatoria e risarcimento del danno*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2019, 3, 662 ss.

conseguente per il venir meno della panoramicità³⁵. Il possibile deprezzamento dei beni immobili, quale conseguenza della lesione del panorama, integra una vicenda storica avente un valore puramente indiziario ma non un dato unico e decisivo.

In conclusione, la Corte di Cassazione statuisce che, nella fattispecie descritta dall'art. 872 co. 2 c.c. la diminuzione o esclusione del panorama può essere definita quale danno ingiusto, *ergo*, risarcibile³⁶. Il danno, in altri termini, è connesso al pregio che al panorama goduto da un determinato appartamento viene riconosciuto dal mercato traducendosi, infatti, in un deprezzamento commerciale dell'immobile. La prova di ciò attiene all'accertamento di fatti che possono essere rilevabili e valutabili con l'ausilio di specifiche cognizioni tecniche attraverso una indagine critica e valutativa tipica della consulenza tecnica.

Ulteriore riflessione che può essere svolta attiene alla possibile copertura del concetto di panorama con quello di paesaggio³⁷ e di ambiente³⁸: attenta dottri-

³⁵ Si tratta di un onere probatorio che, all'atto pratico, si traduce nell'effettuare un accertamento circa i fatti rilevabili o valutabili grazie all'ausilio di specifiche cognizioni tecniche esigendo una indagine critica e valutativa tipica della consulenza tecnica. Quest'ultima possiede quale obiettivo finale quello di accertare e vagliare i parametri sia del prestigio sia del deprezzamento.

³⁶ In senso conforme vi è una pronuncia recente del Tar Lombardia il quale evidenzia che il ristoro da accordare al danno derivante da quella che viene definita come la perdita del «diritto al panorama» quale conseguenza della nuova edificazione che ingiustamente lede tale *utilitas* è subordinato al fatto che l'edificazione sia avvenuta in violazione alle norme edilizie o urbanistiche dirette «a garantire il regolare e ordinario assetto del territorio». *A contrario*, qualora non si possano ritenere violate queste disposizioni, non si può configurare «un danno ingiusto e risarcibile» poiché «il titolare del bene che ha edificato comprimendo il panorama dell'altrui proprietà ha esercitato legittimamente il proprio diritto esclusivo ed assoluto». T.A.R. Lombardia, sez. I – Brescia, 8 luglio 2021, n. 640.

³⁷ Il paesaggio rappresenta una porzione di territorio che può essere considerata da un punto di vista prospettico o descrittivo. Esso può essere definito come «l'espressione di una dinamica di forze naturali, ma anche, e soprattutto, di forze umane [...] Come risultante di forze umane che agiscono perennemente, come paesaggio integrale, perciò, il paesaggio è un fatto fisico oggettivo, e al tempo stesso un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà immobile, suscettibile di essere valutato diacronicamente e sincronicamente, sempre tenendo presente la sua perenne non staticità. Il paesaggio, dunque, è la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nelle città e nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni della sua cultura. Di quest'ultima, il paesaggio diventa forma, linguaggio, comunicazione, messaggio, terreno di rapporto fra gli individui, contesto che cementa il gruppo». A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Il Capitale Culturale*, 2014, IX, 236-237. Per quanto attiene alla nozione e valorizzazione del paesaggio cfr. G. Severini, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Urbanistica e paesaggio*, G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, (a cura di) Napoli, 2006, 237 ss.; S.A. Morosino, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 143 ss., Id., *Tutela e valorizzazione del paesaggio nella pianificazione regionale*, in *Ist. fed.*, 2010, 34 ss., G. Ciaglia, *La nuova disciplina del paesaggio. Tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici dopo il d.lgs. n. 63/2008*, Milano, Ipsoa, 2009, 34 ss.; D.V. Aiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011; C.B. Arbati, *La valorizzazione: gli artt. 101, 104, 107, 112, 115, 119*, in *Aedon*, 2008, 3; L.C. Asini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 651 ss.; L. Casini, *La valorizzazione del paesaggio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, 2, 385 ss.

³⁸ Sul punto, cfr. G. Marcatajo, *Il danno ambientale esistenziale*, Napoli, 2016; Id *Ambiente e tutela individuale intergenerazionale*, in *The Cardozo electronic law bulletin*, 2020, 1 ss. Id *La tutela dell'ambiente come diritto della persona*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 611 ss.; E. Leccese, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, Id., *Il diritto all'ambiente come diritto della personalità*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 58 ss.; S. Patti, *La quantificazione del danno ambientale*, in F.D. Busnelli,

na ha osservato che l'ambiente, se interpretato solamente quale concezione estetica del paesaggio, veniva ridotto al mero panorama che non rappresentava una «priorità politica e sociale³⁹». Se da una parte l'ambiente è stato destinatario di una progressiva tutela, questo non è avvenuto per il paesaggio. Quest'ultimo, secondo una interpretazione presente in dottrina, dovrebbe assumere una propria autonomia rispetto al mero panorama poiché dovrebbe essere tutelato proprio per il suo carattere distintivo, cioè, per fornire una determinata attività estetica ai luoghi⁴⁰. La tesi avanzata viene giustificata in forza della considerazione secondo cui, l'estetica integra «fonte di sollievo e di contemplazione consentendo riconciliazioni con il mondo esterno con il quale sovente siamo in tensione» e perché «queste sensazioni si vivono intensamente» proprio «nella estetica paesaggistica»⁴¹.

Il panorama, secondo una definizione letterale, comprenderebbe al proprio interno il paesaggio⁴², poiché il primo può essere definito come la visuale di cui un

S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, III ed., Torino, 2013, 133; S. Patti, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979; M. Pennasilico, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione delle categorie civilistiche*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Id., *Tutela dell'ambiente e situazioni soggettive*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, op. cit., 53 ss.; U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente*, Roma, 2009; B. Pozzo, *La responsabilità civile per danni all'ambiente tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 3 ss. Id., *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996, Id., *Ambiente (Strumenti privatistici di tutela dell)*, in *Digesto. discipline. privatistiche*, Sez. civ., Agg., II, Torino, 2003, 93 ss.; M. Bona, G. Migliorati, *Il danno non patrimoniale da disastro ambientale: la svolta delle Sezioni unite, in Giurisprudenza italiana*, 2003, 691 ss.; L. Prati, *Diritto alla salubrità dell'ambiente e danno esistenziale in rapporto alla direttiva 35/2004/CE*, in G. Giampietro (a cura di), *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, 86 ss.; P. Spantigati, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 227; S. Rodotà, *Relazione introduttiva*, in P. Perlingieri (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, 16 ss.; G. Alpa, *Pubblico e privato alle origini del danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1987, 685 ss.; A. Luninoso, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. impr.*, 1989, 909 ss.; M. Franzoni, *Il danno all'ambiente*, in *Contr. impr.*, 1992, 1026 ss.; F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, 643 ss.; G. Giampietro, *La responsabilità per danno all'ambiente. Profili amministrativi*, op. cit., 211; C. Della Giustina, *Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana*, in *AmbienteDiritto*, 2020, 1.

³⁹ C. Amiconi, *Brevi note per una rivalutazione della concezione estetica del paesaggio*, in *Riv. amm.*, 1998, 1081.

⁴⁰ P. D'Angelo, *Proposte per un'estetica del paesaggio*, 20 luglio 2004, in <http://www.saber.ula.ve>.

⁴¹ C. Amiconi, *Brevi note per una rivalutazione della concezione estetica del paesaggio*, op. cit., 1082.

⁴² Cfr. A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, cit., Id., voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 504 ss.; M. Immordino, voce *Paesaggio (tutela del)*, in *Digesto pubbl.*, X, Torino, 1999, 574; G.F. Cartei, *Paesaggio*, in *Diz. dir. pubbl. Casese*, V, Milano, 2006, 4064 ss.; F. Merusi, *Art. 9*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali* (art. 1-12), Bologna-Roma, 1975; S. Amoroso, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010; S. Settis, *Paesaggio, Costituzione cemento*, Torino, 2010, 66 ss.; G. Falcon, *I principi costituzionali del paesaggio (e il riparto di competenze tra Stato e Regioni)*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 84 ss.; G. Severini, *La tutela costituzionale del paesaggio*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Torino, 2013, 33.; G. Severini, *Il concetto di bene ambientale nel Testo Unico*, in P.G. Ferri, M. Pacini (a cura di), *La nuova tutela dei beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 237; P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 366 ss.; G. Cerrina Feroni, *Il paesaggio nel costituzionalismo contemporaneo. Profili comparati europei*, in *Federalismi.it.*, 2019, 8.

soggetto può godere quando si trova in una posizione di sopraelevazione. A partire da questo, il panorama sarebbe costituito, quindi, non solamente dall'ambiente ma anche dal paesaggio a condizione che questi (ambiente e paesaggio, appunto) vengano osservati dall'alto. Di conseguenza, il panorama potrebbe essere considerato il "contenitore" dell'ambiente sia in senso naturalistico, sia in senso culturale potendo assurgere, quindi, a bene meritevole di tutela costituzionale⁴³.

Il riferimento è all'art. 9 Cost. il quale appresta tutela costituzionale al paesaggio, al patrimonio storico, all'ambiente, alla biodiversità e agli ecosistemi. È possibile che il bene "panorama", se interpretato come comprensivo dell'ambiente, da interpretare a sua volta in senso ampio quale ecosistema e biodiversità, e come patrimonio storico e artistico della Nazione, possa vedere crescere la propria tutela giuridica.

5. *Il contributo dell'elaborazione giuridica britannica: il «valued landscape», invece che il «valued seascape»*

Il punto di partenza del diritto britannico è rappresentato dal *National Planning Policy Framework (NPPF)*⁴⁴ il quale, sebbene possieda la funzione di raccolta di mere linee guida⁴⁵, contiene gli orientamenti ministeriali circa le politiche che dovrebbero essere seguite, a meno che non constino delle ragioni per discostarsi dalle prescrizioni in esso contenute.

Il paragrafo n. 20 enuncia che, «le politiche generali dovrebbero definire una strategia globale per quanto attiene la pianificazione dei luoghi anche attraverso la valorizzazione e conservazione dell'ambiente naturale, sia urbano che sto-

Più recentemente, in tema di rapporto tra ambiente e paesaggio, è stato osservato che se, in un primo momento il concetto di paesaggio e ambiente dovevano ritenersi contrapposti, allo stato attuale si può trattare di «paesaggio globale» avente un'anima globale e dinamica che lo porta a coincidere con l'ambiente. In questa direzione, l'art. 9 Cost., come modificato dalla l. cost. 1/2022, esprimerebbe un nuovo equilibrio tra i valori di solidarietà, sostenibilità e tutela delle generazioni future. A. Cremonese, *Verso un nuovo equilibrio tra paesaggio e ambiente, tra ciò che è e ciò che potrebbe essere*, in *Passaggi costituzionali*, 2022, 1, 72 ss.

⁴³ Quanto appena sostenuto allude a una particolare interpretazione del concetto di «landscape». Quest'ultimo, come osservato da parte della dottrina internazionale, è davvero di difficile definizione poiché multidisciplinare. Infatti, lo stesso si estende a settori disciplinari dell'antropologia, della geografia, del diritto, della filosofia, dell'arte e della storia. Una delle possibili definizioni di *landscape* è quella di «relazione tra le persone e il territorio i cui segni sono visibili grazie alle azioni che si sono prodotte nel tempo e nello spazio». In questo senso, quindi, *il landscape* non avrebbe solamente un connotato fisico o naturalistico ma anche ideologico, divenendo dunque un concetto complesso. L'aspetto da evidenziare, tuttavia, è che *il landscape* non è da riferire a una sensazione, percezione soggettiva, ma è piuttosto oggettivo, poiché rappresenta ciò che veramente un determinato territorio è. T. Peil, M. Jones, *Landscape, Law and Justice. Proceedings of a conference organised by the Centre for Advanced Study at the Norwegian Academy of Science and Letters, Oslo 15-19 June 2003*, The Institute for Comparative Research in Human Culture, Oslo, 6.

⁴⁴ www.gov.uk/government/publications.

⁴⁵ È senz'altro da escludersi una valenza propriamente normativa di un tale articolato.

rico, comprendendo il paesaggio e le infrastrutture anche alla luce dei cambiamenti climatici»⁴⁶.

In questo contesto si deve aggiungere l'elaborazione che proviene dalla giurisprudenza delle Corti britanniche. A livello generale, la definizione che viene accettata di «*valued landscape*» (paesaggio di valore) allude a riferimenti fisici, siano essi oggettivi che soggettivi, ossia caratteristiche che consentono di considerare l'ambiente, nell'accezione britannica *in primis* quello rurale⁴⁷, come meritevole di particolare protezione poiché “fuori dall'ordinario”. In tal senso, quindi, la qualificazione nel NPPF come elemento paesaggistico “fuori dall'ordinario”, sebbene non sia strettamente vincolante, potrebbe indurre a qualificare come tale il sito.

Per quanto attiene alla valorizzazione e alla relativa tutela da apprestare al panorama, si può fare riferimento a differenti interpretazioni di fonte giudiziaria. Un primo, il caso *Willson Developments Ltd*⁴⁸ concerne il riconoscimento di tutela a quello che viene qualificato come il paesaggio che rappresenta la «quinta essenza inglese». Precisamente, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il paesaggio rurale avrebbe subito un pregiudizio dalla realizzazione di un complesso formato da alloggi, scuole, campo medico, impianti sportivi e strutture sociali e spazio pubblico aperto. La realizzazione delle opere urbanistiche appena menzionate avrebbe potuto originare una influenza negativa: il paesaggio rurale si sarebbe trasformato in un paesaggio urbano che, a sua volta, avrebbe prodotto, quale conseguenza, un cambiamento definito come visivo. Da questo, quindi, la trasformazione da paesaggio rurale a urbano avrebbe causato una compromissione dell'impatto visivo oltre a determinare un danno per il paesaggio medesimo.

⁴⁶ Traduzione non letterale dall'inglese da parte di chi scrive.

⁴⁷ Nella elaborazione dottrinale britannica del «*valued landscape*», non si ha contezza ancora di un «*valued seascape*», ossia un diritto di vista a un paesaggio marino. Questa limitazione del diritto in parola al solo paesaggio terrestre/rurale sembra costituire una prima differenza fra realtà italiana e quella di Oltremarica. In mancanza di una dottrina giuridica sul punto che possa spiegare come mai la Gran Bretagna non faccia riferimento al «*seascape*» (e in una lingua, come l'inglese di Gran Bretagna, storicamente caratterizzato da una puntualità del lessico, il *seascape* non può costituire sinonimo del *landscape*), è possibile avanzare la teoria che il “mare”, appunto il “*sea*”, per una potenza marittima e marinara che ha dominato, non solo militarmente, il mondo, con le sue flotte, non può avere una connotazione che non sia quella economico-produttiva. Un esempio di ciò è dato *sea windfarms*, che costellano tutta la costa britannica. In un caso balzato agli onori delle cronache, un noto miliardario americano, divenuto poi Presidente della sua stessa nazione, dopo aver investito almeno due miliardi di sterline nello sviluppare un campo di golf, con annesse lussuose abitazioni (ciò vicino ad Aberdeen, lungo la costa del nord della Gran Bretagna, in Scozia), si trovò a combattere strenuamente l'organo amministrativo competente, il Governo locale scozzese, che dopo aver generosamente attratto un così noto imprenditore, poi diventato politico, decise di sviluppare nel tratto di costa antistante il campo di golf, uno dei più vasti impianti eolici marini del Regno. Malgrado le proteste, anche di tipo legale, del proprietario del campo di golf, così famoso, nessun parlò, ne parla tuttora, di un «*valued seascape*». Quello che viene fatto in mare, sembra appartenere ad un contesto imprenditoriale, piuttosto che culturale paesaggistico.

⁴⁸ *Willson Developments Ltd v Bracknell Forest*, 2018 APP/R0335/W1/17/3177088.

Una seconda decisione giudiziaria⁴⁹ è stata resa su un caso simile: precisamente, era stata avanzata la proposta di costruzione di un complesso di 95 abitazioni nell'area del *Cambridgeshire*, area caratterizzata dalla presenza di alberi a foglie caduche e distese di prati⁵⁰. Come nella precedente decisione, il giudice chiamato a dirimere la controversia⁵¹ ha evidenziato come la realizzazione degli immobili avrebbe determinato un mutamento significativo delle caratteristiche proprie del paesaggio in quanto si sarebbe realizzato un cambiamento da paesaggio rurale a urbano. L'area nella quale si sarebbe dovuto edificare, sebbene non specificatamente designata come paesaggio meritevole di tutela, è stata considerata come tale⁵².

L'espressione «paesaggio di valore» («*valued landscape*») non rinviene una precisa e ristretta definizione nel NPFF posto che l'unico riferimento concerne la necessità che le politiche di pianificazione del territorio contribuiscano a migliorare e tutelare l'ambiente locale attraverso la valorizzazione e la tutela di paesaggi di pregio⁵³. Per tali vengono intesi i siti aventi un valore per quanto attiene alla biodiversità, alla conformazione geologica o del suolo stesso⁵⁴. L'aspetto problematico è relativo alla mancata definizione di paesaggio di valore e, dunque, meritevole di protezione.

Al fine di qualificare un paesaggio come «*valued landscape*» sembra che si possa fare riferimento ad alcuni indici, quali, a titolo esemplificativo: 1) la possibilità di considerare l'area come «fuori dall'ordinario»; 2) il potenziale pregiudizio alla inte-

⁴⁹ *Gladman Developments Ltd v South Cambridgeshire DC* 2018 APP/W0530/W/17/3179762 [10]-[33] e [34]-[38].

⁵⁰ Area che viene descritta nel seguente modo «*rolling chalk down land, blocks of deciduous trees and a medium field structure*».

⁵¹ La controversia dinanzi al giudice proveniva da un iniziale iter amministrativo, dinanzi all'*Inspectorate General*, ad esito del quale il «*builder*», il costruttore, era risultato soccombente per due volte.

⁵² Ulteriori pronunce in tal senso sono *East Northamptonshire DC v Secretary of State for Communities and Local Government* [2014] EWCA Civ 137; [2015] 1 W.L.R. 45; [2014] J.P.L. 731 e *Steer v Secretary of State for Communities and Local Government* [2017] EWHC 1456 (Admin); [2017] J.P.L. 1281.

⁵³ Il «*case law*» dimostra la peculiarità dell'approccio britannico alla tutela dell'ambiente e, dunque, del paesaggio. La politica ambientale britannica risulta essere caratterizzata da un approccio discrezionale, da definirsi *decision-making process*, che, a sua volta, si fonda su fattori politici. Quanto appena descritto, infatti, si traduce in una assenza di definizione di politiche e standard da rispettare contenute nelle leggi del Parlamento poiché molto viene delegato alla «*administrative guidance*». La discrezionalità riveste un ruolo centrale nella legislazione britannica poiché agli organi di regolamentazione e alle agenzie viene riconosciuto un grande margine di discrezionalità nonché un ampio margine di potere che, a sua volta, è divenuto oggetto di controllo da parte delle Corti. Più recentemente, gli organi amministrativi hanno adottato linee guida e strategie interne al fine di fornire maggiormente formalità al sistema. Ad esempio, viene ritenuto necessario, solitamente, che si effettui una valutazione costi/benefici prima di assumere una decisione. Questo approccio britannico è caratterizzato anche da quello che può essere definito come «*environmental friendly*» nel quale un ruolo centrale viene svolto dai soggetti privati diretto, quindi, a realizzare un senso di responsabilità in capo ai singoli o alle imprese (*company*). In questo modo, dunque, si è realizzato un dialogo tra i privati e il settore produttivo/industriale. S. Bell, D. McGillivray, O.W. Pedersen, *Environmental Law*, Oxford, 2013, *passim*.

⁵⁴ Il riferimento è al paragrafo 174.

grità dell'area; 3) l'essere in presenza di un'area dichiarata quale meritevole di protezione in quanto qualificata come di interesse storico, artistico o naturale; 4) la realizzazione potenziale di una lesione alla specificità rurale da intendere quale paesaggio di natura pastorale; 5) potrebbe recare un danno alla biodiversità; 6) verrebbe compromessa la tranquillità che deriva proprio dall'essere un luogo non urbanizzato.

Va anche detto che il concetto di «*valued landscape*», *lato sensu* considerato, può a volte risultare il frutto di considerazioni soggettive, soprattutto di tipo sociologico e demografico, piuttosto che di valutazioni oggettive. Ad esempio, il tema del *fracking* può risultare uno dei più interessanti e meritevoli di analisi. Il *fracking* è quella tecnica attraverso cui vi è lo sfruttamento della pressione di un fluido, in genere acqua, per creare e poi propagare una frattura in uno strato roccioso nel sottosuolo, al fine di agevolare l'estrazione di petrolio. Il *fracking* può avere un impatto sull'ambiente, in primo luogo per la dimostrata conseguenza di tremori, quasi terremoti, nella circostante area dell'estrazione. Ancor di più, il *fracking* comporta, per le aree ove sulla superficie del suolo si va a perforare, una smodata attività di infrastruttura, anche se direttamente questa tecnica di perforazione non ha impatti di inquinamento, svolgendosi l'attività di estrazione in una parte molto profonda del sottosuolo⁵⁵. Di conseguenza il *fracking*, sebbene si svolga in una dimensione non visibile e di pregiudizio al paesaggio, determina in realtà un impatto sulle aree circostanti e adiacenti, simile a ciò che si verifica in Italia quanto alla ostruzione di una veduta.

Stanti queste premesse, nel Regno Unito, il *fracking* è stato «veicolato», con una sorta di *moral suasion*, verso il nord dell'Inghilterra, in aree dunque storicamente povere, in quanto le comunità locali, svantaggiate storicamente, non avevano il potere di opporsi alle relative *planning permissions*⁵⁶. Nel sud dell'Inghilter-

⁵⁵ J. Hawkins, «We Want Experts»: *Fracking and the Case of Expert Excess*, (2020) *Journal of Environmental Law* 32(1), 1-24; ENDS Report, *Fracking Firm Gets Green Light to Take National Trust to Court*, (2018) ENDS 517, 33; L. Ponting, *Scotland Says no to Fracking*, (2017) *Health and Safety Bulletin* 463, 3-4; G. Davies, N. McQueen, T. Russen, *Fracking, Protests and Injunctions: an Essential Update*, *Property Law Journal*, 2022, 33-37; C. Whelton, *Successful Challenge to Government's "Fracking" Policy*, in *Scottish Planning and Environmental Law*, 2019, 192, 40-41; C. Innes, *No Fracking Ban*, *Scottish Planning and Environmental Law*, 2018, 188, 90-91; M. Oswald, C. McGregor, *Fracking and the Right to Protest*, (2018) *Legal Action* Nov, 8-9; A. Bowes, *MPs: Mineral Planning Authorities Best Placed to Decide Fracking Applications*, in *Journal of Planning & Environmental Law* 10/2018, 1103-1104; R. Macrory (ENDS Report), *Fracking in Scotland: When a Ban is not a Ban*, (2018) ENDS 521, 22-23; J. Carpenter (ENDS Report), *Fracking Proposals: the Five Things you Need to Know*, ENDS 519, 11; C. Ford, *Comment on "Fracking and the Scope for Public Dissent"*, in *Environmental Law Review* 2019, vol. 21, 4, 318-319; *Farm Law* (Journal Article), *UK Government Ends Support for Fracking*, in *Farm Law*, 2019, 268, 9-11. La dinamica fra Autorità (centrali e locali) e cittadini, ha dato anche luogo a controversie dinanzi alle Corti britanniche. Cfr. Case Report, *Stephenson v Secretary of State for Housing, Communities and Local Government*, in *Journal of Planning & Environmental Law*, 2019, 9, 929-960.

⁵⁶ La *planning permission*, dunque il permesso per un piano, è necessario, fondamentalmente, quando: a) si vuole costruire qualcosa di nuovo; b) si vuole fare un cambiamento maggiore alla propria costruzione, come ad esempio un immobile, c) quando si vuole cambiare l'uso della propria costruzione. La normativa della *planning permission* è applicabile in tutto il Regno Unito (ed è gestita dal *Council*, una entità amministrativa a metà

ra, per contro, aree più popolate e più ricche, e con vasti appezzamenti di terreno, riconducibili spesso a una sola proprietà, il *fracking* è stato di fatto bandito⁵⁷.

In generale, la *planning permission* nel Regno Unito, quella interazione fra organo pubblico, il *Council*, e individuo/impresa che voglia edificare una qualche struttura stabile, dà luogo, almeno teoricamente, a un utile coinvolgimento dei controinteressati. Con il termine controinteressati, proprio del diritto italiano, si può fare riferimento a quelli che in Gran Bretagna sono i vicini (i *neighbours*). Tuttavia, quella che, altrimenti, sarebbe una utile e costruttiva interazione, di tipo democratico, diventa un copione che si ripete alquanto frequentemente: il contesto sociologico dei “*neighbours*”, in particolare il fatto che si tratti di una *affluent area*, fa sì che il *Council* faccia acquiescenza alle osservazioni di tali controinteressati. Se invece si tratta di un’area problematica dal punto di vista sociologico ovvero demografico, il che spesso coincide nel Regno Unito con bassa istruzione, il *Council* con più probabilità procede, stante il maggiore “potere contrattuale” di chi propone l’opera rispetto ai “controinteressati”.

In conclusione, è stato osservato che⁵⁸, in Gran Bretagna, l’appellarsi al concetto di «paesaggio di valore» è utile per la parte che voglia resistere alla realizzazione di un’opera progettuale urbanistica, poiché ritenuta lesiva del paesaggio. Nonostante questo, però, l’assenza di una definizione, sia essa legale o di pianificazione urbanistica, integra un elemento di incertezza e imprevedibilità ma, contemporaneamente, un vantaggio dato che consente di ampliare le fattispecie riconducibili all’asserita violazione del valore del paesaggio rurale o semi-rurale⁵⁹. D’altro canto, a livello empirico, il cittadino britannico sembra essere consapevole di tale incertezza del perimetro del *landscape*, tant’è che, al fine di tutelarlo, con il tipico approccio pratico del Monaco di Occam (meglio conosciuto come *William of Ockham*), un britannico *ante litteram*, il proprietario della terra, al fine di tutelarsi da sé il suo paesaggio, si limita a comprare altra terra. In tal modo, il diritto, anche privatistico, del vicino a edificare viene limitato *de facto*⁶⁰.

fra il Comune e la Provincia italiani), anche se regole particolari valgono per Scozia, Galles, Irlanda del Nord, “nazioni britanniche”, insieme all’Inghilterra, che hanno una loro autonomia amministrativa.

⁵⁷ Per quanto attiene all’ordinamento dell’Unione Europea, si segnala, ai fini di completezza, una recente sentenza della Corte di Giustizia in tema di permessi di ricerca di idrocarburi: Corte di Giustizia, 13 gennaio 2022, Regione Puglia, causa C-110/20, ECLI:EU:C:2022:5.

⁵⁸ A. Samuels, *The valued landscape*, in *Journal of Planning and Environment Law*, 2019, 2, 134 ss.

⁵⁹ Sia la giurisprudenza che la legislazione britannica hanno affrontato una molteplicità di fattispecie concernenti la tutela da riconoscere nonché apprestare al paesaggio agreste. A tal proposito sono stati individuati alcuni elementi quali ostativi alla urbanizzazione di un paesaggio rurale o semi-rurale come, ad esempio, la presenza di un parco naturale, una zona di straordinaria bellezza naturale, un sito di interesse scientifico, la presenza di un edificio storico.

⁶⁰ È da osservare, senza pretesa di esaustività, che tutti e tre gli ordinamenti giuridici del Regno Unito sono saldamente ancorati al diritto di proprietà secondo cui ogni proprietario, nell’ambito della sua terra, può edificare quello che voglia, sia verso l’alto che verso il basso. Nel diritto scozzese, ad esempio, la massima «*Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*» viene intesa in modo rigoroso, e da secoli, quale diritto intangi-

6. *Raccordo conclusivo*

Una tematica che interseca il diritto amministrativo e civile, quale quella della servitù «*altius non tollendi*» potrebbe divenire al centro dell'interesse della riflessione giuridica soprattutto quale conseguenza della riforma costituzionale realizzata nel 2022 con la quale sono stati modificati gli artt. 9 e 41 Cost.

Se oggetto della servitù, cui si è dedicato questo scritto, è il panorama e, precisamente, la particolare amenità che può circondare un determinato bene immobile, è possibile che il bene panorama, se interpretato quale *genus* comprensivo del bene ambiente e patrimonio culturale, possa indirettamente essere oggetto di tutela costituzionale ex art. 9 Cost. A ciò si deve aggiungere che, in forza del secondo comma dell'art. 41 Cost. l'iniziativa economica privata, sebbene sia libera, «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Alla luce di questo, è possibile che il bene «panorama»⁶¹ possa divenire un nuovo parametro cui accordare tutela ex art. 2043⁶² anche a prescindere da una violazione delle disposizioni, sia civili che amministrative, dettate in materia di

bile del singolo a fare, del suo terreno, quello che ritenga. Cfr. K. Reid, *The Law of Property in Scotland*, Edinburgh, 1996, *passim*. Più recentemente, G.L. Gretton, A.J.M. Steven, *Property, Trusts and Succession*, 4th ed., Dublin-New York-London, 2021, 25 ss. Il diritto anglo-gallese, pur diverso da quello scozzese, su questo aspetto non ne differisce, come anche quello irlandese: vale quindi la massima, nel *freehold*, la proprietà piena nel diritto inglese, del «*cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad inferos*».

⁶¹ In questo senso si potrebbe realizzare quella che è stata definita come l'auspicata costituzionalizzazione dell'urbanistica. Attualmente, la disposizione costituzionale cui fare riferimento è l'art. 117 co. 3 che, con l'espressione «governo del territorio» (materia di competenza legislativa concorrente), l'urbanistica viene qualificata quale materia tecnica di riparto di competenze tra Enti. Tuttavia, nell'attuale prospettiva viene dimenticato che l'urbanistica deve necessariamente alludere e comprendere la presenza dei cittadini all'interno della città. F. La Cecla, *Contro l'urbanistica. La cultura delle città*, Torino, 2015.

⁶² Per costante giurisprudenza della Suprema Corte, l'ambiente naturale è un bene pubblico che possiede rango costituzionale la cui lesione fa sorgere il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. La compromissione dell'ambiente, infatti, deve essere interpretata in modo unitario (il bene ambiente comprende infatti l'assetto del territorio, la ricchezza di risorse naturali, il paesaggio come valore estetico e culturale e come condizione di vita salubre in tutte le sue componenti) sia quale valore d'uso della collettività sia quale elemento che determina la qualità di vita della persona. Inoltre, la compromissione dell'ambiente, che può realizzarsi dall'alterazione e distruzione della vegetazione e del suolo, va oltre il mero pregiudizio patrimoniale che deriva ai singoli beni e deve essere considerato in modo unitario per quanto attiene al valore d'uso da parte della collettività. Emerge, di conseguenza, che esso diviene parte integrante della stessa qualità di vita della persona come singolo e come aggregazione sociale. Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25010. A ciò si aggiunga il danno non patrimoniale che deriva dalla lesione di diritti inviolabili della persona, in forza di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., anche nell'ipotesi in cui non sussiste un fatto-reato, né quando ricorre alcuna delle ipotesi in cui la legge espressamente consente il ristoro dei pregiudizi non patrimoniali a condizione che vengano soddisfatti tre requisiti. In primo luogo, è necessario che l'interesse leso e il relativo pregiudizio sofferto possiedano rilevanza costituzionale; in secondo luogo, la lesione dell'interesse deve essere qualificata come grave superando una soglia minima di tollerabilità; in terzo ed ultimo luogo, viene richiesto che il danno non sia futile cioè che non si traduca in meri disagi o fastidi o nella lesione di diritti immaginari. Cass. civ., sez. unite, 11 novembre 2008, n. 26972.

urbanistica. Una costruzione, infatti, nel momento in cui viola il diritto del proprietario di un immobile a godere di un determinato panorama, inteso quale elemento che comprende tanto il bene ambiente quanto il patrimonio culturale e artistico, potrebbe realizzare una violazione delle disposizioni costituzionali poc' anzi citate. La conseguenza ultima sarebbe, quindi, una violazione dell'art. 2043 c.c. da riferire alla violazione di un bene oggetto di tutela costituzionale.

Nel momento in cui l'attività edificatoria di un bene immobile non consente al titolare di un altro bene immobile sito su un fondo di non poter godere del panorama si assiste a una duplice violazione. In primo luogo, viene leso sia l'ambiente naturale sia quello culturale-artistico, in secondo luogo l'iniziativa economica privata produce un danno a un bene compreso nell'art. 41 co. 2, ossia, l'ambiente.

In altri termini, il diritto al panorama⁶³, nella ricostruzione che si cerca timidamente di avanzare, altro non sarebbe che un possibile riflesso di quello che è stato definito il «diritto all'abitare»⁶⁴ sintesi di un intreccio di disposizioni di diritto civile, diritto ambientale e costituzionale⁶⁵.

⁶³ Esso si distinguerebbe anche dalla categoria di origine dottrinale e giurisprudenziale degli usi civici; il contenuto di questi «è il godimento a favore della generalità e non di un singolo o di singoli» anche se «ciò non toglie che i singoli componenti quella determinata collettività abbiano, proprio per il fatto che vi appartengono, il diritto *uti singuli* di esercitare i diritti suddetti». G. Flore, A. Siniscalchi, G. Tamburrino, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Roma, 1956, 3; M. Nunziata, *Verso una nuova razionalizzazione degli usi civici e domini collettivi?* In *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2022, 1, 37 ss.

La definizione appena prospettata si rinviene anche in giurisprudenza: «per “usi civici” possono intendersi i diritti spettanti ad una collettività – ed a ciascuno dei suoi componenti, che può quindi esercitarlo *uti singulus* – organizzata ed insediata su di un territorio, il cui contenuto consiste nel trarre utilità dalla terra, dai boschi e dalle acque, nonostante la loro titolarità formale in capo a differenti soggetti pubblici o privati». Cass., Sez. III, 28 settembre 2011 n. 19792.

⁶⁴ «L'inscindibile relazione tra la garanzia della effettività del diritto sociale ad un'abitazione e la, anche solo astratta, conseguente possibilità di aspirare al godimento di importanti ulteriori diritti fondamentali è già di immediata evidenza sol che si rifletta sui corollari del diritto ad un'abitazione salubre e dignitosa». F. Bilancia, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di Studi giuridici e politici*, 2010, 232.

⁶⁵ Il connotato trasversale del diritto al panorama consentirebbe di coprire sia gli aspetti economici, sia ambientali conciliandoli con il principio personalista e di solidarietà sociale: il bene ambiente, quindi, verrebbe interpretato in una accezione latina poiché considerato «come l'insieme armonico dei fattori viventi (biotici) e non viventi (abiotici) di un ecosistema». A. Gusmai, *Spazi urbani, spazi di inclusione*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, 2, 11; A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2015, 1, 128 ss. Circa il diritto al paesaggio, autorevole dottrina aveva evidenziato la connessione esistente tra il diritto appena menzionato e l'art. 3 co. 2 Cost. Nella ricostruzione appena indicata, questo legame si giustifica poiché è uno dei compiti dello Stato apparato quello di incentivare anche la cultura pervenendo a realizzare, dunque, una trasformazione di esso medesimo in Stato di cultura. Compito principale di quest'ultimo è quello di pervenire a una regolazione di interventi che contribuiscano ad attuare i fini costituzionali attinenti alla trasformazione sociale cui, appunto, fa riferimento l'art. 3 co. 2 Cost. In questa prospettiva, l'art. 9 co. 2 Cost. diviene un punto di incontro, definito come attivo e dinamico, tra i tre elementi costitutivi dello Stato: popolo, territorio e governo. È evidente che la tutela del paesaggio diviene un potere di regolazione da riferire agli interventi delle attività umane sul territorio all'interno di un contesto molto più ampio che comprende sia i valori culturali e storici di una Nazione, sia il miglioramento della qualità di vita nonché le possibilità di sviluppo della persona. A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXXI, Milano, 1981, 514 ss.

Lo spirito proprio della riforma costituzionale avvenuta con l. cost. n. 1/2022 è stato non solo quello di riconoscere al concetto giuridico ambiente un valore autonomo ma, altresì, quello di integrarlo con «valori estetici, culturali, urbanistici e personalistici in una concezione complessa, che consente il richiamo a una pluralità di principi come fondamento costituzionale»⁶⁶. Dalla concezione unitaria del bene ambiente deriva, quale conseguenza, la traduzione dello stesso quale diritto della persona, bene immateriale, sia pubblico che collettivo, e, infine, dovere sociale di solidarietà.

In conclusione, quindi, il collegamento che sussiste tra il diritto al panorama e il diritto all'abitare, connesso alla servitù di panorama, produce dei riflessi immediati in tema di urbanistica. Il diritto all'abitare potrebbe essere inteso non solamente quale diritto a una abitazione salubre ma, altresì, quale diritto che comprende, al proprio interno, la possibilità di godere del bene panorama, sia in senso storico-culturale che ambientale, e che si traduce dunque non solamente nel rispetto del piano regolatore o delle disposizioni in tema di edilizia e urbanistica ma anche nel non subire un danno da sopraelevazione. La costruzione di una nuova opera, in altri termini, potrebbe arrecare un pregiudizio nel non consentire, ad esempio, di godere della massima luminosità e nel non poter godere di un panorama, da intendere in senso ampio. Il diritto al panorama, per come prospettato, potrebbe consentire di raggiungere l'obiettivo di conservazione del bene ambiente e del patrimonio culturale proteggendo quindi da una eccessiva urbanizzazione di una zona⁶⁷.

La servitù «*altius non tollendi*» proprio in quanto diretta a tutelare il panorama, potrebbe rappresentare uno strumento giuridico attraverso il quale, sia in via pattizia che legale, potrebbe essere apprestata una tutela effettiva al diritto al panorama quale diritto preordinato a tutelare sia il diritto di abitazione sia il diritto all'ambiente.

Nella direzione appena prospettata sembra essere orientata la giurisprudenza britannica, la quale, come riportato nel precedente paragrafo, può essere di sicuro riferimento scientifico, anche se, da un punto di vista sociologico, le due realtà appaiono troppo diverse. Lo stesso concetto di *servitude*, presente in Scozia⁶⁸ e in

⁶⁶ G. Marcatajo, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione del bene ambiente*, in *AmbienteDiritto.it.*, 2022, 2, 3-4.

⁶⁷ *A contrario*, il riferimento è all'idea secondo cui «la locuzione “difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale”, dal punto di vista scientifico è impropria, perché l'uomo, in ogni momento, crea, modifica, distrugge il proprio ambiente, il proprio patrimonio culturale, il proprio patrimonio naturale: la sua opera è continua creazione così come è continua distruzione». M.S. Giannini, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1122 ss., ora in Id., *Scritti*, VI, Milano, 2005, 249.

⁶⁸ Cfr. M.J. De Waal, *Servitudes*, in K. Reid, R. Zimmerman (eds.), *History of Private Law in Scotland*, Oxford, 2000, 305 ss. Nella gran parte dei sistemi di diritto civile, le servitù includono sia quelle prediali che quelle personali, mentre nel Regno Unito, ad esempio nell'ordinamento scozzese, già gli *institutional writers*, fra cui Bell, avevano affermato già dal 1800, che «*the only servitudes in Scotland are praedial*».

parte anche in Inghilterra, con il diverso nome di *easement*, rafforza la tesi di una tutela che si estenda al panorama, anche in assenza di una vicinanza del fondo servente e di quello dominante. A enfatizzare ancora di più il diritto del fondo dominante Oltremarica sembra essere il concetto stesso di proprietà, rimarcato dalla dottrina nella sua verticalità⁶⁹ e non inciso dai concetti di piano regolatore, che ne possono alterare la destinazione, come avviene in Italia. Nella legislazione britannica, d'altro canto, il concetto di panorama sembra essere confinato al panorama terrestre (il *landscape*), mentre non trova accoglimento il *seascape*, essendo il mare, anche nelle immediate vicinanze della costa, un luogo produttivo.

Si deve poi rimarcare che la Gran Bretagna⁷⁰, Paese democratico, e senza Costituzione, con al proprio interno tre sistemi giuridici di *common law*, dunque con limitata presenza di leggi, se non quale eccezione alla regola, non ha nemmeno un vero e proprio diritto amministrativo, non essendovi nemmeno un concetto di Pubblica Amministrazione, nella sua accezione italiana e "Continental".

Di tal via, la protezione giuridica da accordare al bene "ambiente" e "panorama", da qualificare come di "valore", nell'ordinamento giuridico britannico, è di elaborazione strettamente giurisprudenziale e può costituire oggetto di analisi e approfondimento. Una sua importazione nell'ordinamento giuridico italiano sarebbe del tutto fuorviante, in quanto le coordinate di riferimento appaiono totalmente diverse. Si rammenta, infatti, che proprio alla luce della riflessione condotta, emerge come nell'ordinamento giuridico britannico il concetto di «*valued landscape*» sia da riferire solamente alla tradizionale bellezza britannica da associare alle Cotswolds, cioè, piccole abitazioni rustiche immerse nella natura con il verde. Tuttavia, la protezione accordata non sembra essere riferibile al paesaggio marino, il quale, per tradizione socio-economica, è da riferire a una attività strettamente produttiva lavorativa la quale non consente di prendere in considerazione aspetti di bellezza.

A contrario, nell'ordinamento giuridico italiano, anche alla luce della riforma sovente menzionata, ossia quella realizzata attraverso la promulgazione della l. cost. n. 1/2022, sembra riferirsi al concetto di ambiente naturale *tout court*

⁶⁹ Sempre nel diritto scozzese – ma le conclusioni non differiscono in Inghilterra e Galles – viene affermato che la *ownership*, dunque la proprietà, si estende «*a coelo usque ad centrum*», dunque la «*landownership is conical*». Cfr. G.L. Gretton, A.J.M. Steven, *Property, Trusts and Succession*, 4th ed., Edinburgh, 2021, 231.

⁷⁰ Da un punto di vista socio-economico, poi, non si deve dimenticare che la realtà britannica vede ancora il latifondo, ormai scomparso da decenni in Italia, quale una delle principali "industrie" nazionali e i latifondisti ancora saldamente nella scala alta dei più ricchi del Regno. Il paesaggio rurale e la sua tutela, dunque, così sentiti in Gran Bretagna, potrebbero essere non tanto il frutto di una elaborazione oggettiva, quanto piuttosto il risultato sul campo di battaglia, *ergo* le Corti, di una dinamica fra parte forte (il latifondista, categoria "viva e vegeta" nel Regno Unito, e/o piccoli *clusters* di residenti alquanto "affluenti"), e la parte debole (chiunque voglia avere un approccio più produttivo alla terra), in cui le Corti, storicamente molto conservatrici nel Regno Unito, si lasciano persuadere dalle argomentazioni dei primi a scapito dei secondi.

considerato⁷¹. In tale direzione, *ergo*, il ricorso ad ampie formule linguistiche quali «tutela dell'ambiente», «tutela della biodiversità e degli ecosistemi» nonché «interesse delle future generazioni»⁷² sembrano essere funzionali a costituire un parametro da utilizzare proprio quale limite⁷³ a qualsivoglia attività economica⁷⁴. In questo contesto normativo diviene irrilevante che al paesaggio possa esse-

⁷¹ Si segnala che, attualmente, il concetto di *green port* è divenuto sinonimo di qualità e garanzia anche per quanto attiene a una maggiore attrattività: «oggi quei porti che tendono ad assumere [...] comportamenti improntati all'efficienza energetica [...] sono stati ampiamente definiti come porte verdi». A. Di Vaio, L. Varriale, F. Alvino, *Key performance indicators for developing environmentally sustainable and energy efficient ports: Evidence from Italy*, in *Energy Policy*, 2018, 122, 229. Cfr. A. Crismani, B.A. Masso, *Green Ports: strumenti e misure*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2021, 5, 215 ss.; E. Musso, M. Bennacchio, *Il nuovo rapporto fra porto e territorio: conseguenze sull'organizzazione degli spazi portuali*, in *Economia e diritto del terziario*, vol. 1/2000, 254 ss.; M. Maresca, *Lo spazio mediterraneo della mobilità*, Udine, 2010; M. Ragusa, *La costa, la città e il porto. il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenza di sviluppo*, Napoli, 2013, 354 ss.; G. Marletto, *L'impatto ambientale dei porti: una prima rassegna su metodi di misurazione e politiche di riduzione*, in *Lo sviluppo regionale nell'Unione Europea. Obiettivi, strategie, politiche*. XXVIII Conferenza Italiana di Scienze Regionali, Bolzano 2007; E. Chiti, *Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union*, in *Riv. Quad. dir. amb.*, 2021, 1, 9 ss.

⁷² Rispetto alla moltiplicazione di formule linguistiche, si ritiene di dover tenere presente questo monito: «*we do not want to be slave of words. Our aim is to understand society and its institutions. We must face the question: is the ordinary sense of "law" such that it helps identify facts of importance to our understanding of society?*». J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 2009, 41.

⁷³ «L'art. 9, Cost. richiama tutti alle proprie responsabilità e, dunque, riflette un paradigma che incarna una dimensione non soltanto giuridica. La nuova formulazione dell'articolo è il definitivo impulso che ci deve indurre a traguardare in modo diverso la realtà in cui siamo immersi e, cioè, a riconsiderare il rapporto con la natura e il tema del nostro futuro, abbandonando l'idea di onnipotenza dell'uomo per aderire a una prospettiva in cui fortissimo è il senso dei suoi limiti, per proteggere le generazioni future». F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 1, 28.

⁷⁴ Le generazioni future, «*inter-generational right*», sono state viste con scetticismo per molto tempo. Precisamente, infatti, l'aspetto problematico concerneva la possibilità di configurare un diritto, nel rapporto tra governanti e governati, in capo a coloro i quali non erano in vita. In altri termini, l'aspetto problematico atteneva alla possibilità di configurare un diritto nei confronti di cittadini futuri. Una simile riflessione è stata avanzata nei confronti dei diritti degli animali: con riferimento a essi, precisamente, l'interrogativo si riferiva alla possibilità di qualificarli come «*rights-holders*». L'ultima evoluzione è quella di considerare la natura e l'ecosistema come «*rights-holders*». S. Atapattu, A. Schapper, *Human Rights and the Environment*, Londra-New York, 2019. In base a quanto evidenziato emerge una tendenza ad aumentare progressivamente i destinatari dei diritti attraverso un'attività di vivisezione relativamente alla tematica ambientale. Il risultato, in merito alla Costituzione italiana, è una frammentazione di diritti in differenti disposizioni costituzionali senza, tuttavia, fornire un quadro logico e coerente. A titolo esemplificativo si richiama una tesi, avanzata recentemente in dottrina, secondo cui, a seguito della riforma costituzionale, il diritto all'ambiente richiede una differente protezione costituzionale. In tale direzione, il diritto all'ambiente si scinderebbe in diritto all'ambiente salubre (art. 32 Cost.) e diritto al «paesaggio globale» (art. 9 Cost.). A. Cremonese, *Verso un nuovo equilibrio tra paesaggio e ambiente, tra ciò che è e ciò che potrebbe essere*, op. cit. Un sintomo dell'aspirazione della tutela ambientale a subire sempre una maggiore frammentazione è da riferire alla progressiva espansione del «diritto climatico». Quest'ultimo negli ultimi anni ha acquisito una maggiore importanza sia a livello nazionale che internazionale al punto da imporsi quale branca autonoma del diritto. (Cfr. J. Peel, *Climate Change Law: The Emergence of a New Legal Discipline*, in *Melbourne University Law Review*, 2008, vol. 32, 3; C. Carlarne, *Delinking international environmental law and climate change*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2014, vol. 4, 1, 1-60; D. Farber, M. Peeters, *The emergence of global climate law*, in D. Farber, M. Peeters (eds.) *Climate change law*, Cheltenham, 2018, 687 ss.) Proprio a partire da questa riflessione, parte della dottrina ha ritenuto che la l. cost. n. 1/2022

re accostato l'aggettivo "marino" o "rurale", posto che entrambi, proprio per la *ratio* che anima l'intervento del legislatore costituzionale, rientrano nel *genus* più ampio "ambiente"⁷⁵.

Si ritiene che il riconoscimento del diritto al panorama potrebbe essere funzionale a realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela da riconoscere all'ambiente, cioè protezione ambientale in senso ampio, con una sostenibile iniziativa economica privata⁷⁶. In questa direzione, si potrebbe pervenire alla conclusione che un'emergenza energetica non possa determinare un'emergenza dell'ambiente sensibile⁷⁷. La necessità di reperire energia verde non può tradursi in una eliminazione della "bellezza" naturale la quale, come argomentato in questo scritto,

contenga quale «grande assente» proprio il «clima». F. Gallarati, *La tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE-Online*, 2022, 2, 1085 ss. Quanto appena riportato dimostra, dunque, come vi sia la tendenza a frammentare il concetto di ambiente in varie declinazioni che rimangono isolate tra di loro: si tratta di ambiente, ecosistema, generazioni future, animali e, infine, di clima. Il risultato è quello di fornire una eccessiva segmentazione del tutto in nuclei concettuali in cerca non di una loro identità ma, bensì, di un loro contesto normativo nel quale interagire. In questa direzione, dunque, il continuo e progressivo aumento di «*species* di diritti accompagnati da aggettivazione» determinerà, in modo proporzionale, un ridimensionamento della categoria generale che, sebbene implicitamente, viene assunta come idealtipo. C. Della Giustina, *Universalità dei Diritti Umani. Un chiasmo dialettico tra matrici di senso e concetto?* In *Calumet*, 2021, 13, 145.

⁷⁵ In tal senso, infatti, il riferimento va anche alla maggiore attenzione posta nei confronti del cambiamento climatico dal quale derivano, quali ulteriori conseguenze, situazioni di pericolo per le forme di vita del pianeta ivi compresa quella umana. Ai fini di cercare di limitare ulteriori conseguenze, è necessario che si assista a un cambiamento del modello di produzione economica e delle abitudini di vita: si tratta di atteggiamenti che devono essere attuati su scala globale. R. Fornasari, *La struttura della tutela inibitoria ed i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2021, 1, 2061 ss.

⁷⁶ Nonostante la vigenza della recente riforma costituzionale, si registra come, alla fine, l'ambiente non sia destinatario di una reale tutela. Il riferimento va a una recente sentenza del TAR Veneto con la quale viene annullato l'intervento conservativo del Ministero («Dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'area alpina compresa tra il Comelico e la Val d'Ansiei, Comuni di Auronzo di Cadore, Danta di Cadore, Santo Stefano di Cadore, San Pietro di Cadore, San Nicolò di Comelico e Comelico Superiore (B)»), diretto a imprimere un vincolo paesaggistico, a favore della realizzazione di un impianto sciistico in un territorio montano. Secondo il sindacato del giudice amministrativo, il provvedimento di apposizione del vincolo sarebbe viziato da irragionevolezza e contraddittorietà. Tuttavia, l'opinione di chi scrive è che il fine di evitare lo spopolamento delle zone montane, soprattutto alla luce della dichiarata emergenza non solo ambientale ma anche climatica, una responsabilità di tipo legale si impone in capo, *in primis*, agli operatori del diritto e, in secondo luogo, agli imprenditori. La motivazione assunta dal TAR è che «una tutela paesaggistica che non si accompagni alla possibilità per i territori vincolati di estendere o quantomeno integrare le capacità attrattive e/o ricettive delle zone interessate non può, infatti, dirsi coerente con l'obiettivo dichiarato del contrasto allo spopolamento della montagna, rischiando, piuttosto, di favorire, con una sorta di eterogenesi dei fini, un lento, ma inesorabile declino economico-sociale delle aree alpine considerate». Si ritiene, dunque, che la pronuncia in esame non effettui un adeguato bilanciamento tra i due profili contrapposti poiché, ancora una volta, e pur in presenza di una normativa costituzionale, non viene apprestata una adeguata protezione a bene "ambiente" in senso ampio considerato.

⁷⁷ Si rammenta, ancora, che se l'ambiente, come prospettato in questo scritto, contiene anche la nozione di panorama, esso non può essere leso dall'iniziativa economica privata ex art. 41 co. 2 Cost.; a contrario, apprestare tutela al panorama significa "dare vita concreta" all'art. 41 Cost. soprattutto come modificato dalla l. cost. n. 1/2022.

sebbene indirettamente, produce un incremento del valore di una tipologia di ricchezza e di *assets*, di una Nazione o comunque di un territorio⁷⁸.

Tutelare l'ambiente può significare, altresì, il divieto di deturpare un paesaggio, ad esempio attraverso interventi suscettibili di alterare la conformazione fisica di un determinato territorio solamente per finalità apparentemente ecologiche (ma in realtà antropocentriche), giustificate dalla possibile necessità di recuperare energia "verde". In tal senso, dunque, un approccio realmente "verde" potrebbe essere quello orientato a ricavare energia pulita nel rispetto della conformazione non solo geografica ma anche storica di un determinato luogo, conservando, quindi, l'aspetto "esteriore". Ciò peraltro sembra essere, sulla scorta delle tesi di questo contributo, quanto avviene, da diversi decenni, nel Regno Unito, il *comparator*, quanto ad ordinamento giuridico e contesto sociologico più in generale, cui si è fatto riferimento in questo scritto.

Vi è anche da rimarcare che, paradossalmente, in quella che viene spesso ritenuta la più antica democrazia al mondo, il Regno Unito, il panorama sembra essere tutelato in modo alquanto "coercibile", come evidenziato in questo scritto. D'altro canto, la Costituzione italiana, anche nella sua ultima versione (art. 32), non costituisce necessariamente il migliore degli esempi. Il sistema giuridico italiano, infatti, proprio nel suo testo legislativo gerarchicamente più elevato, non sempre ha dato prova di coerenza, negli ultimi decenni. Per contro, Oltremarica, il diritto al panorama come significato ampio, diritto ad abitare, fa parte di una tradizione giuridica vera, anche sociologica, in quanto non ammaliato dalla forma delle parole, a volte vacua e giacobina, ma rafforzato giornalmente dalla prassi e dalle condotte di una comunità. In tale logica, si spiega la peculiarità tutta britannica del diritto al panorama, come diritto ad abitare, quale quintessenza di un diritto di proprietà tradizionale.

Come dimostra il caso recentissimo del TAR del Veneto lumeggiato sopra, sembra esservi, sulla scorta della comparazione effettuata con il Regno Unito, un certo malcelato approccio di tipo farisaico nel diritto italiano in cui, molto enfaticamente, si codifica a livello costituzionale il diritto all'ambiente, tutelato in modo molto olistico, e poi si autorizza lo scempio di una bellezza naturale, i

⁷⁸ In senso contrario, e con riferimento alla nozione di paesaggio, è stato sostenuto che «la collocazione della tutela ambientale nell'art. 9 Cost., dunque, da un lato consacra la distinzione tra paesaggio e ambiente, sempre più evidente negli ultimi anni. Sotto questo profilo non mancheranno importanti ricadute pratiche. Si pensi, ad esempio, all'installazione di impianti per la produzione di energia rinnovabile, che spesso sono stati bloccati, dando prevalenza ai profili paesaggistici, rispetto a quelli ambientali. Ciò non potrà più accadere e, di fatto, consentirà all'Italia di allinearsi meglio agli obiettivi europei di transizione energetica». L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *DPCE-Online*, 2022, 2, 1078.

monti delle Dolomiti (patrimonio dell'UNESCO)⁷⁹, immolate, in questo caso, sull'altare sacrificale di un'attività ludica che, date le sue caratteristiche, gli scienziati, ma anche gli operatori economici, considerano sempre più "insostenibile". Nel *case study* accennato, sembra esservi il paradosso di ordinamento italiano che, da un lato, tutela formalmente il diritto all'ambiente a tutti i livelli, dall'altro cancella la voce della comunità e la sua storia, tutto d'un tratto, per mano burocratica di un giudice amministrativo e del leguleio che lo abbia fuorviato verso tali in parte aberranti conclusioni. L'ordinamento britannico, nella prosaicità e semplicità delle sue forme, ma nella sua profonda tradizione e rispetto della *local community*, senza alcuna Costituzione, preserva ormai quasi da secoli proprio il *landscape*, incluse le *Moors* dello *Yorkshire*, che hanno ispirato tra il Settecento e l'Ottocento le "*Bronte's sisters*". Viene da chiedersi, dunque, paradossalmente, se un moderno Leopardi italiano, per trovare le medesime ispirazioni del suo antenato del Settecento, debba fare tristemente le valige verso le lande britanniche, essendo il panorama della sua Marca natia, e di altri luoghi dell'Italia, essere stato cambiato e totalmente deturpato e finanche azzerato.

⁷⁹ Si finalizza questo articolo nel corso dell'estate 2022 proprio quando si apprende che la "Regina delle Dolomiti" (Marmolada) – con il suo ghiacciaio – e il suo "Re" (il monte Pelmo) sono sotto forte pressione ambientale. Il riferimento va, più precisamente, all'incidente del 3 luglio 2022 nel quale hanno perso la vita undici persone a causa di un distacco del seracco della Marmolada e di un pezzo di roccia del monte Pelmo avvenuto in data 9 agosto 2022.

Il right to landscape (il diritto al panorama): dall'ordinamento privato all'ordinamento pubblico, attraverso il common law inglese.

Un istituto classico del diritto civile, quale quello della servitù «*altius non tollendi*», potrebbe, in forza dell'intervenuta riforma costituzionale, assumere le vesti di un istituto di diritto pubblico, se non di diritto costituzionale. Il riferimento è a quello che potrebbe essere qualificato come il “contenuto” della servitù «*altius non tollendi*», cioè, il diritto al panorama. Quest'ultimo, nella prospettiva ermeneutica che si avanza in questo scritto, potrebbe mutare la propria “pelle” al punto da rendere sempre più sfumati i confini tra due aree del diritto da sempre ritenute come contrapposte. In questo contesto, si avanza dunque una prospettiva di diritto comparato: l'ordinamento giuridico britannico. Quest'ultimo attraverso la propria tradizione giuridica consente all'interprete di cogliere delle sfumature che potrebbero rappresentare una possibile soluzione ermeneutica per l'ordinamento giuridico italiano.

The right to landscape: from private to public law, through English common law

A traditional legal concept, entrenched in private law, such as the Roman law «*altius not tollendi*» easement, may potentially, stretch to the adjacent area of public law in light of a recent Italian constitutional reform. In this respect, reference shall be made to what can be categorised as the right to landscape, which ultimately results in being a broader interpretation of its ancient counterpart. Based on the legal construction propounded in this research paper, this kind of servitude, to put it in a Scottish common law terminology, is on the verge of changing its nature, in such a way that the two realms of law, historically regarded as “poles apart”, will have a thinner, if not-existent, demarcation line. Within the context of the analysis of this work, a quintessential comparator is the United Kingdom, as well as its case law. The legislation across the Channel, as far as the landscape and seascape are concerned, has put forward solutions that may be worth of an “Italian job”.

Note sui collaboratori

GABRIELE BOTTINO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano (gabriele.bottino@unimi.it)

ALESSANDRO CIOFFI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi del Molise (alessandro.cioffi@unimol.it)

FRANCESCO DE LEONARDIS, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia (af.deleonardis@studiodls.it)

WALTER GIULIETTI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Aquila (walter.giulietti@univaq.it)

FRANCESCO MANGANARO, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi "Mediterranea" di Reggio Calabria (francesco.manganaro@unirc.it)

FRANCESCO VETRÒ, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Parma (francesco.vetro@unipr.it)

PIERRE DE GIOIA CARABELLESE, Advance Higher Education - York, UK; Professor (full) of Business Law and Regulation - ECU University, Perth, Australia (pierredegioia@gmail.com)

RICCARDO DE CARIA, Professore associato di Diritto dell'economia, Università di Torino; IREF Fellow (riccardo.decaria@unito.it)

CLEMENTE PIO SANTACROCE, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Padova (clemente.santacroce@unipd.it)

GIANFRANCESCO FIDONE, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università di Roma La Sapienza (gianfrancesco.fidone@uniroma1.it)

PAOLO MICHARA, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Parma (paolo.michara@unipr.it)

MICHELA PETRACHI, Ricercatrice di Diritto amministrativo, Università di Parma (michela.petrachi@unipr.it)

MARCO GAETANO PULVIRENTI, Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Catania (mg.pulvirenti@unict.it)

ELISA VALERIANI, Professore aggregato di Economia e Diritto dei contratti pubblici, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia (elisa.valeriani@unimore.it)

ROCCO PARISI, Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli studi "Mediterranea" di Reggio Calabria (rocco.parisi@unirc.it)

ANNA MARIA CHIARIELLO, Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università degli Studi di Roma Tor Vergata (annachiarIELLO@hotmail.it)

ROBERTA LO CONTE, Dottore di Ricerca in Diritto pubblico dell'Economia, Università di Roma La Sapienza (roberta.loconte@uniroma1.it)

SALVATORE PALUMBO, Dottore di ricerca, Università degli Studi di Palermo (salvatore.palumbo05@unipa.it)

ANTONINO ILACQUA, Professore a contratto di Diritto amministrativo dell'Economia, Università degli Studi del Molise (a.ilacqua@studioilacqua.eu)

GIOVANNI LOMBARDO, Professore a contratto di Metodi e tecniche per l'analisi dei dati, Università degli Studi di Genova (giovanni.lombardo@unige.it)

CAMILLA DELLA GIUSTINA, Dottoranda di ricerca, Università degli Studi della Campania, Luigi Vanvitelli (camilla.dellagiustina@unicampania.it)

GIANLUCA GROE, Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università Mediterranea di Reggio Calabria (gianluca.groe@unirc.it)



www.ildirittodelleconomia.it
www.muccheditore.it